



Universidad de Valladolid

F. de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la
Comunicación. Campus de Segovia

LA CUSTODIA COMPARTIDA

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

(Presentado en Junio de 2017)

Alumna: MARÍA BORREGÓN HERRANZ

Tutora: MARÍA DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	6
-------------------	---

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES LEGALES

1.1 Antecedentes legales.....	8
-------------------------------	---

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

2.1 Concepto de custodia compartida.....	14
2.2 Distinción entre patria potestad, guarda y custodia.....	15
2.3 Tipos de Custodia.....	16
2.3.1 Custodia individual o exclusiva.....	17
2.3.2 Custodia compartida, alternativa o alternada.....	19
2.3.3 Custodia repartida entre los progenitores.....	20

CAPÍTULO III

MARCO JURÍDICO: REGULACIÓN LEGISLATIVA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

3.1 Derecho civil común.....	23
3.1.1 Regulación anterior a la reforma realizada por la Ley 15/2005	23
3.1.2 Inclusión de la custodia compartida.....	26
3.2 Derecho civil foral.....	28

3.2.1 Cataluña.....	29
3.2.2 Navarra.....	31
3.2.3 Aragón.....	32
3.2.4 Valencia.....	34
3.2.5 País Vasco.....	38
3.3 Derecho comparado.....	40

CAPÍTULO IV

CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

4.1 Teoría General de los criterios de atribución.....	42
4.1.1 Exclusión de la custodia compartida.....	47
4.2 Principios generales inspiradores.....	49
4.2.1 El interés superior del menor.....	49
4.2.2 Principio de unidad familiar.....	53
4.2.3 Principio de corresponsabilidad parental.....	53
4.2.4 Principio de igualdad entre los progenitores.....	54
4.2.5 Principio de coparentalidad.....	55

CAPÍTULO V

LA MEDIACIÓN COMO ALTERNATIVA A LA VIA JUDICIAL EN LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

5.1 Concepción de la mediación.....	59
5.2 Principio básicos de la mediación.....	60

5.3 Proceso para llevar a cabo la mediación.....	65
5.3.1 Sección de casos.....	65
5.3.2 La sesión informativa.....	66
5.3.3 Aceptación de la mediación.....	67
5.3.4 Resultado de la mediación.....	67
5.4 Control de la mediación.....	68
5.5 Ventajas de la mediación.....	69

CAPÍTULO VI

EJERCICIO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

6.1 Atribución de la vivienda familiar.....	72
6.1.1 Empadronamiento en los supuestos de custodia compartida.....	74
6.2 Pensión de alimentos.....	75

CONCLUSIONES.....	77
--------------------------	-----------

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	80
--	-----------

ANEXOS

Anexo I: Legislativo Nacional e Internacional.....	87
Anexo II: Legislativo Autonómico.....	90
Anexo III: Estadística de Custodia Compartida.....	91
Anexo IV: Evaluación individualizada de cada caso.....	92
Anexo V: Ficha de derivación.....	94
Anexo VI: Acta de suspensión de mediación.....	96

RESUMEN

La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, introduce una novedad importante, la institución de la custodia compartida, un modelo de guarda y custodia que da una nueva posibilidad legal de regular y organizar las relaciones paterno-filiales tras la ruptura de la convivencia familiar. El objeto de este trabajo es analizar algunos de los principales factores legales y humanos haciendo hincapié en la importancia de que esta medida de custodia compartida se ajuste siempre al interés y beneficio superior de los hijos menores, prevaleciendo ante todo el principio del interés superior del menor.

ABSTRACT

Law 15/2005 of 8 de July, which modifies the Civil Code and the Law on Civil Procedure in matters of separation and divorce, introduces an important novelty, the institution of share custody, a model of custody that give a new legal possibility to regulate and organize the paternal-filial relations after the rupture of the familiar coexistence. The purpose of this paper is to analyze some of the main legal and human factors, emphasizing the importance that this measure of shared custody always be adjusted to the interest and superior benefit of minor children, prevailing above all the principle of the best interest of the minor.

PALABRAS CLAVE

Interés superior, menor, niños, padres, custodia, protección, familia, legislación, mediación, ruptura matrimonial, vivienda, alimentos.

KEYWORDS

Superior interest, minor, children, parents, custody, protection, family, legislation, mediation, marriage break, housing, food.

ABREVIATURAS

STC	Sentencia
CE	Constitución Española de 1978
CC	Código Civil
LO	Ley Orgánica
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
RD	Real Decreto
AP	Audiencia Provincial
TS	Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CCAA	Comunidad Autónoma
UE	Unión Europea
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial

INTRODUCCIÓN

Cuando se produce la ruptura de la unidad familiar, consecuencia de la crisis matrimonial o de pareja, se convierte en cuestión de máxima importancia la referente a la decisión de con quién van a convivir los hijos menores, es decir, cuál de los progenitores va a encargarse del cuidado y atención diaria de los mismos. Estos aspectos se concretan a la hora de determinar y elegir el régimen de guarda y custodia más acorde a las circunstancias de cada menor.

Como sabemos, estas cuestiones son las más delicadas cuando se produce una separación o divorcio pues son los hijos, en la mayor parte de los casos, quienes más sufren las consecuencias propias de esa ruptura conyugal.

En principio son los padres quienes van a estar mejor capacitados para decidir qué modalidad de custodia va a ser más beneficiosa para sus hijos. Sin embargo, no son pocos los casos en los que la falta de acuerdo y entendimiento entre los progenitores no permite garantizar el llamado “interés superior del menor”, que debe siempre superponerse a cualquier otro principio o interés. Es en estas circunstancias cuando el Juez, ante la falta de acuerdo, decide el régimen de custodia de los hijos menores de edad.

El presente trabajo de fin de grado desarrolla una de las modalidades existentes de guarda y custodia, esto es, la custodia compartida, entendida como aquel sistema de guarda en el que los progenitores continúan ejercitando las mismas funciones paterno-filiales que ostentaban con anterioridad a la ruptura, así como la responsabilidad y vinculación continuada en las decisiones relacionadas con el bienestar de sus hijos menores, en las cuestiones de educación, manutención y desarrollo emocional, moral y religioso.

A través de un estudio doctrinal y jurisprudencial, en este trabajo se aborda no sólo la posibilidad legal de establecer la custodia compartida, sino también la necesidad de tener en cuenta en el caso concreto, pues como veremos más adelante, no siempre va a ser lo más aconsejable acordar la custodia compartida.

Respecto a la estructura del trabajo, en el primero de los epígrafes del se comienza hablando brevemente de los antecedentes legales, para a continuación en los siguientes epígrafes hablar del concepto y clases de guarda y custodia, intentando explicar un poco sus diferencias. En el tercer capítulo se aborda el marco jurídico, antes y después de la Ley

15/2005 de 8 de Julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio y posteriormente se trata sobre los regímenes forales de las distintas Comunidades Autónomas. En el cuarto capítulo se habla de los criterios a tener en cuenta por parte del juez para asignar o no la custodia compartida, aunque no se han establecido a día de hoy unos criterios generales, sino que hay que ir caso por caso, ya que no sirven los automatismos. Cada caso contiene unas peculiaridades diferentes. En el quinto capítulo aborda el tema de la mediación como alternativa a la vía judicial, explicando sus ventajas e inconvenientes. En el sexto capítulo, se tratan cuestiones referentes a la atribución familiar del hogar familiar y aspectos relativos a la contribución de gastos. Por último, se realizarán unas conclusiones que destacan ciertos aspectos referentes al ejercicio adecuado o inadecuado de la custodia compartida.

Para terminar, y antes de entrar en el desarrollo de cada uno de los epígrafes, señalar que para el estudio doctrinal referente a la custodia compartida he utilizado tanto manuales como artículos doctrinales de revistas jurídicas y para el desarrollo jurisprudencial me he basado tanto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo como en la jurisprudencia menor.

CAPÍTULO I
ANTECEDENTES LEGALES

1. ANTECEDENTES LEGALES

En relación con la guarda y custodia, podemos distinguir con la doctrina cuatro grandes etapas:

La primera, anterior a las reformas de 1981¹, para los supuestos de nulidad o separación suponía que la obtención o pérdida de la guarda y custodia era un premio o castigo, según los criterios de inocencia o culpabilidad².

La segunda, derivada de las leyes de 1981 relegó a un segundo plano el tema de la culpabilidad y lo que se tiene en cuenta es el interés superior³ del menor. La especialidad de esta modalidad estaría en que la custodia o cuidado de esos niños fuera ejercida total o parcialmente por uno solo de los cónyuges, cuando así convenga a los hijos. No obstante, la especialidad conceptual de esta modalidad de custodia o cuidado por uno de los cónyuges, se convirtió en la práctica en la forma usual. Y este “uno de los cónyuges” ha sido principalmente la madre. Respecto a la patria potestad, los art 156 y 159 CC, respectivamente, disponen que “si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la

¹ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

² Este criterio consistía en que los hijos menores quedaban bajo la potestad del cónyuge inocente o bien, si ambos cónyuges fueran culpables, bajo la autoridad del tutor y curador, aunque la madre mantendría a su cuidado en todo caso, salvo que la sentencia disponga otra cosa, a los menores de 3 años. Por otra parte, quedaba privado el cónyuge culpable, mientras viviese el inocente, de la patria potestad y los derechos sobre las personas y bienes de los hijos, recobrándolos a la muerte del cónyuge inocente.

³ El interés superior del menor, también reconocido como *favor filii* o *favor minoris*, se ha configurado como un principio general de Derecho, siendo, por lo tanto, fuente del ordenamiento jurídico español de conformidad con el artículo 1 del Código Civil. El artículo 1 del Código Civil dispone que: “Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. En el artículo 2 de la LO 8/2015, de 22 de Julio se dice que: “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado...”.

ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”. El art 159, en su redacción de 1981, estableció que “si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedaran al cuidado de la madre, salvo que el juez por motivos especiales, proveyere de otro modo”.

La tercera etapa, la vigente, vino precedida especialmente por la Ley 11/1990, de 15 de Octubre, sobre reforma del Código Civil, que afectó a aquellos preceptos que subsistían y cuyo contenido era contrario a la plena efectividad del principio de igualdad entre las personas de distinto sexo; y por la Ley 15/2005, de 8 de julio, modificativa del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que dio nueva redacción en las materias que nos ocupan a los artículos 90 del Código Civil (convenio regulador), 92 (efectos de la separación, nulidad y divorcio), 97 (pensión compensatoria) y 103 (medidas provisionales). De este conjunto normativo, conviene destacar el contenido en el art 92 del CC, siendo los principios que lo informan los siguientes:

1. La separación, divorcio y nulidad no eximen a los padres de sus obligaciones con los hijos.
2. El derecho de los hijos a ser oídos.
3. La privación de la patria potestad solo cuando en el proceso se revele causa para ello.
4. La posibilidad de los padres de acordar en el convenio regulador o el juez decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.
5. La posibilidad de acordar los padres el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos.
6. El juez adoptará la medida de guarda y custodia compartida, previo informe del Ministerio Fiscal (no vinculante), tras oír a los menores que tengan suficiente juicio y valorar las alegaciones y pruebas realizadas.
7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté en incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos.
8. La posibilidad de establecer la guarda y custodia compartida excepcionalmente por el juez, a instancia de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, aun

cuando no se den los supuestos del apartado cinco, fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. La posibilidad de intervención de especialistas debidamente cualificados para dictaminar sobre la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

La doctrina más común ha venido limitando los supuestos de guarda y custodia compartida a los acordados por las partes con homologación judicial y al supuesto excepcional del art 92.8ºCC. Sin embargo, a partir de la STC de 8 de octubre de 2009, se ha venido consolidando la jurisprudencia que defiende una interpretación extensiva de esta excepcionalidad y que fija los presupuestos que deben ser exigidos para la adopción del régimen de custodia compartida, con referencias a algunos ejemplos del Derecho europeo y de las Comunidades de Aragón y Valencia.

Y por último, sería la cuarta etapa que se pretende con la reforma del Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, en respuesta a determinadas disfunciones que el régimen vigente está provocando en la práctica y que han tenido notorio alcance social. Para acometer la misma se han tenido en consideración la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo y las normativas especiales de las CCAA que recogen la custodia compartida en sus leyes, como las de Aragón y Valencia, que establecen la preferencia de la guarda y custodia conjunta por los progenitores, salvo que la custodia individual sea más conveniente para el hijo, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que debe presentar cada uno de ellos; o el de Navarra que no se posiciona preferentemente por ningún modelo de custodia, con lo cual deja plena libertad al juez o tribunal para decidir, en interés de los hijos, si es más conveniente establecer la custodia individual o compartida; o la de Cataluña que tampoco establece literalmente preferencia por la guarda y custodia compartida, acordándose si los cónyuges en el plan de parentalidad así lo solicitan, salvo que resulte perjudicial para los hijos, debiendo la autoridad judicial en el resto de las ocasiones determinar la forma de ejercer la guarda, compartida o individual, atendiendo al interés del hijo.⁴

Al hilo de la última etapa, hare mención al Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio. El 19 de Julio de

⁴ “Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio”, de 19 Julio de 2013.

2013, el Consejo de Ministros a propuesta del entonces Ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, aprobó dicho anteproyecto con el que trata de la legislación relativa al matrimonio y las relaciones paterno-filiales a las transformaciones que ha sufrido la sociedad española. Este texto propone modificar el CC, la ley de enjuiciamiento civil y la ley de Registro Civil.

El aspecto más destacable es que elimina la excepcionalidad con la que hasta ahora se regulaba la custodia compartida. Para ello se reformaría el art 92 CC y se introduciría un art 92 bis. El objetivo es conseguir un sistema legal sin las rigideces y preferencias por la custodia monoparental del texto actual. Será el juez quien, en cada caso concreto, y siempre actuando en beneficio del interés superior del menor, determine qué régimen es el más adecuado.

El anteproyecto prevé que el juez pida informe al ministerio fiscal, que no tendrá carácter vinculante, y que estudie las alegaciones de las partes, la opinión y deseos del menor y el dictamen de los expertos, así como la concurrencia de todos los criterios relevantes para el bienestar del menor, como edad, arraigo social, escolar y familiar.

Entre las novedades que incorpora el Anteproyecto figura que la patria potestad se equipara a la corresponsabilidad parental y que el texto deja atrás el concepto de visitas al subrayar la relevancia del contacto cotidiano y frecuente entre los progenitores y sus hijos. Los progenitores tendrán la posibilidad, de común acuerdo o por decisión del juez, de acudir a la mediación familiar para resolver las discrepancias que pueden surgir de la ruptura, con ello se pretende favorecer el acuerdo entre los progenitores, fomentar el ejercicio consensuado de la corresponsabilidad parental y contribuir a reducir la litigiosidad⁵.

⁵ www.mjusticia.gob.es “Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio”, de 15 de Octubre de 2014.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

2. ANÁLISIS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

2.1. Concepto de custodia compartida

La redacción del artículo 92 CC incluye dos términos “guarda conjunta” y “guarda y custodia compartida”. Ambas denominaciones han sido objeto de críticas por no responder a la dinámica en qué consiste: esta guarda ni es conjunta ni se comparte, sino que se alterna entre los progenitores en el lugar de estancia y en el tiempo. Por ello, parece que lo más adecuado sería hablar de “custodia alterna, alternada, alternativa o sucesiva”.

Pero a pesar de esto, hay que reconocer que la denominación “custodia compartida” es la que más se utiliza en la práctica y a nivel social pero no es la más correcta, pues no responde a la dinámica de la institución.⁶

Es por este motivo que emplearé la citada denominación, que da título al presente estudio.

Si buscamos un concepto de “custodia compartida”, no lo encontraremos en el Código Civil. El fundamento teórico de la institución reside en la idea de que la separación o el divorcio ponen fin a la convivencia entre los progenitores, pero no a los vínculos familiares; ello supone que los derechos y las responsabilidades de cada uno de los padres con respecto a sus hijos comunes, una vez sobrevenida la crisis convencional, deben ser iguales a los derechos y responsabilidades que tenían con anterioridad. Este fundamento se corresponde con los conceptos de patria potestad y responsabilidad de los progenitores (art 154 CC), la plena igualdad jurídica de las personas (art 14 CE), de los cónyuges (art 66 CC) y de los hijos ante la ley (art 39 CE). Pero lo característico de la custodia compartida es que se trata de crear una ficción consistente en procurar el mantenimiento de una normalidad familiar que realmente se ha perdido, quedando todo más o menos igual en cuanto a la relación que tienen los hijos con sus progenitores, con la salvedad de que estos ya no viven juntos.⁷

Por otra parte, el niño tendrá derecho a mantener relación y contacto con sus dos padres ya que según el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 “Los estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres

⁶ PINTO ANDRADE, CRISTÓBAL. “La Custodia Compartida”, (2009), página 41.

⁷ IBÍDEM, páginas 41-43.

a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.⁸

Por lo tanto según la doctrina, “sería aquel modelo de guardia y custodia en el que ambos progenitores se encarga de forma periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos menores”.⁹

2.2. Distinción entre patria potestad, guarda y custodia.

Constituye el objeto de este trabajo el estudio de la custodia compartida, por esta razón es necesario llevar a cabo la correspondiente diferenciación entre la patria potestad y la guarda y custodia.

Primero habría que remitirnos a la patria potestad ya que es la institución de la que derivan la guarda y custodia.

DÍEZ-PICAZO define la patria potestad como “el conjunto de poderes enderezados al cumplimiento de los deberes y de las obligaciones que la ley impone a los progenitores sobre sus hijos menores o en situación de capacidad de obrar limitada por sentencia”.¹⁰

Del artículo 154 CC se desprenden dos principios “velar por ellos” y “tenerlos en su compañía”.¹¹ Ambos principios se identifican con la guarda y custodia de los hijos por lo que se podría identificar como “aquellas funciones de la patria potestad que requieran de la convivencia con el hijo”.¹²

Abarca además de la convivencia con el hijo y la relación personal, el conjunto de situaciones, necesidades y actuaciones que se desenvuelven en el día a día cotidiano de los

⁸ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, artículo 9 apartado 3.

⁹ PÉREZ UREÑA, “El interés del menor y la custodia compartida”, Revista de Derecho de Familia, nº 26 (2005), página 275.

¹⁰ DÍEZ-PICAZO, L y GULLÓN, A; Sistema de Derecho Civil, tomo I, (2012), página 271.

¹¹ Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, artículo 154 “...1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral...”

¹² PINTO ANDRADE, C. “La custodia compartida, 2009, página 36.

menores, que comporta, para los padres el procurar las atenciones y cuidados precisos, tanto materiales como jurídicos, la alimentación, la educación y formación, la prevención de peligros y la vigilancia de sus intereses.¹³

Por lo tanto, respecto a la diferencia tal y como he expuesto, la patria potestad se refiere a la representación general de los hijos, mientras que la guarda y custodia se centra en la convivencia habitual o diaria con ellas.¹⁴ Por eso cuando se produce una ruptura matrimonial, lo normal es que ambos cónyuges mantengan la patria potestad, cosa que no tiene porque ocurrir con la guarda y custodia.

Como he dicho anteriormente, la regla general es que el ejercicio de la patria potestad sea conjunto, sin embargo hay excepciones que se dan en supuestos en que existe un desacuerdo entre los cónyuges sobre el ejercicio de la patria potestad. Nuestro código civil prevé soluciones:

- En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio, y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre.
- Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, el juez podrá adoptar, por un periodo no superior a dos años: A) Atribuirle total a uno de los padres. B) Atribuirle parcialmente a uno de los progenitores. C) Distribuir entre ellos sus funciones.¹⁵

2.3. Tipos de custodia

Es posible diferenciar varios tipos de custodia que en función de las circunstancias pueden atribuirse a los progenitores, a los abuelos maternos o paternos, a otros familiares o incluso a entidades públicas, todo en base al principio del interés superior del menor.

Pero con objeto del tema, solo se estudiaría la custodia de los progenitores con el fin de realizar una comparación y posterior análisis de la custodia compartida.

¹³ GETE-ALONSO Y GALERA, MARIA DEL CARMEN Y SOLÉ RESINA, JUDITH. “Custodia compartida, derecho de los hijos y de los padres”, (2015), pagina 456.

¹⁴ www.ilisastiguiaabogados.com, “Lo que necesitas saber sobre la guarda y custodia” - 18/04/2017.

¹⁵ IBÍDEM.

Antes de comenzar el análisis de cada tipo de custodia hay que hacer alusión al criterio seguido por el Código Civil. La ley 30/1981, de 7 de Julio reformó el CC y alteró el criterio de atribución de la guarda y custodia de los hijos menores en caso de crisis matrimonial. Antes de esta ley se atendía a la buena o mala fe, en el caso de la nulidad, y a la inocencia o culpabilidad, si se trataba de la separación matrimonial. En uno o en otro supuesto la decisión en torno a la guarda y custodia se concebía como un premio o un castigo a los esposos. Después de la ley mencionada los criterios determinadores van a ser el interés de los hijos siempre y el mantenimiento de la unidad familiar dentro de lo posible, unidad familiar que se suele centrarse en no separar a los hermanos, aunque en ciertos casos esto puede ser vulnerado. El mismo criterio debería de aplicarse cuando se trate de hijos mayores de edad pero incapaces, también se trata de garantizar su estabilidad emocional. En la ley orgánica de protección jurídica del menor, LO 1/1996, de 15 de enero dice “primara el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. Este es el criterio que el artículo 92 sigue, consagrándose así lo que viene denominándose “favor filii”.¹⁶

Actualmente podríamos distinguir varios modelos de custodia, pero los esenciales y más comunes son: custodia individual o exclusiva y custodia compartida, alternativa o alternada.

2.3.1 Custodia individual o exclusiva

La guarda o custodia individual o exclusiva parte de la base de que la guarda de los hijos menores se atribuye en la mayor parte del tiempo a uno de los progenitores, aunque a favor del otro progenitor se determinara un régimen de relaciones personales, estancias, comunicaciones o visitas, que se concretan en períodos más breves de tiempo.

Como regla general, ambos progenitores mantienen la potestad compartida, salvo que uno de ellos haya sido privado por sentencia judicial, supuestos en los que la guarda sí era exclusiva del progenitor que mantiene la potestad, sin perjuicio de que el progenitor privado mantenga su obligación de alimentos respecto del menor.¹⁷

¹⁶ MONTERO AROCA, JUAN. “Guarda y custodia de los hijos”, (2001), páginas 59-60

¹⁷ GETE-ALONSO Y GALERA, MARIA DEL CARMEN Y SOLÉ RESINA, JUDITH. “Custodia compartida, derecho de los hijos y de los padres”, (2015), página 458.

La custodia exclusiva era el modo utilizado por excelencia, pero actualmente la custodia compartida está avanzando en España a grandes rasgos. Se concede ya en uno de cada cuatro divorcios y separaciones cuando, en 2007, se otorgaba solo en el 9,7% de los casos. En apenas ocho años ha subido 15 puntos porcentuales.¹⁸

Además podemos ver que el 19 de Julio de 2013 con la entrada del anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad matrimonial, separación y divorcio, también conocido como el anteproyecto de la ley de guarda y custodia compartida, no se posiciona con carácter preferente y/o general sobre la custodia compartida, pero elimina la preferencia y rigidez sobre la custodia monoparental de nuestra actual legislación, permitiendo al juez adoptar esa medida si lo considera oportuno, teniendo en cuenta el interés del menor. Podemos ver como en el art 92.8CC prevé el establecimiento de la guarda o custodia compartida por parte del juez, con carácter excepcional. Es esta excepcionalidad la que queda suprimida con la nueva reforma, dotando al régimen de custodia compartida de la misma normalidad que reviste la guarda y custodia a favor de uno de los progenitores.

Hay ciertas particularidades en relación a la legislación de algunas CCAA, ya lo estudiaremos más adelante, pero mencionar ciertas diferencias con referencia a la asignación de la custodia. En Aragón, a través de su Código de Derecho Foral sección VI se toma a la custodia compartida como norma preferente; en la Comunidad Valenciana se la toma como norma general; en el caso de Cataluña y Navarra priorizan en el acuerdo de los progenitores a través de la mediación familiar y en caso de fallar, promueve un plano de igualdad de ambos en las relaciones de sus hijos. En Cataluña quedaría constatado en el art 233-11 “Criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda” de la Ley 25/2010, de 29 de julio. Y en Navarra vendría constatado en la Ley Foral 3/2011 sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, de 17 de marzo. Y por último, en el caso del País Vasco se otorga carácter prioritario a la custodia compartida siempre que sea solicitado por alguno de los progenitores y no perjudique el interés del menor.

2.3.2 Custodia compartida, alternativa o alternada

¹⁸ OLGA R. SANMARTIN, Revista “EL MUNDO”, <http://www.elmundo.es/sociedad/2016/09/29/57ece54eca474178298b45cb.html> -30/09/2016.

Al modelo anteriormente mencionado se le contrapone el de guarda o custodia compartida entre ambos progenitores, que supone que los periodos de tiempo que los hijos menores permanecen en la compañía de cada uno de sus progenitores son similares, aunque no tienen por qué ser exactos o idénticos. Cada progenitor ostenta la guarda durante este tiempo y, claro está, ambos comparten la titularidad y el ejercicio de la potestad. Dentro de estos periodos, si son bastante largos, puede fijarse un régimen de visitas o estancias con el progenitor no custodio. Generalmente este modelo comporta el cambio periódico de domicilio de los menores que se trasladan del domicilio de uno de sus progenitores al domicilio del otro, en los periodos de tiempo que les corresponde convivir con cada uno. Pero puede acordarse que los menores permanezcan en el domicilio familiar y que sean los progenitores quienes se trasladen al mismo, si bien esta solución suele ser de difícil aplicación práctica, por ser logísticamente más compleja y económicamente más gravosa, y requerir de una excelente predisposición de los progenitores en el uso alternado de la vivienda, que no es habitual.¹⁹

Si analizamos los últimos datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística (INE) haciendo referencia al año 2015 se ve reflejado como la custodia compartida va avanzando en España a grandes pasos.²⁰ La custodia de los hijos fue otorgada a la madre en el 69,9% de los casos, cifra inferior a la observada en el año anterior (73,1%). En el 5,1% de los procesos la custodia la obtuvo el padre, (frente al 5,3% de 2014). En el 24,7% fue compartida (21,2% del año anterior). Y en el 0,4% se otorgo a otras instituciones o familiares.²¹

El ejercicio de la guardia y custodia ya sea unilateral o compartida son concebidos en vida de ambos. Esto quiere decir que la muerte de uno de ellos acarrea diversas consecuencias en el ejercicio de las relaciones paterno-filiales, en concreto, en lo que respecta la guarda y custodia. La situación sería más sencilla si fallece uno de los padres existiendo ejercicio compartido de la guarda o si muere el progenitor no custodio si ella era unilateral. En el primer caso el cuidado pasaría a ser ejercida por el progenitor

¹⁹ GETE-ALONSO Y GALERA, MARIA DEL CARMEN Y SOLÉ RESINA, JUDITH. “Custodia compartida, derecho de los hijos y de los padres”, (2015), página 458

²⁰ ANEXO III; INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA (INE), 29 de Septiembre de 2016.

²¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA, (2015), “Separaciones y Divorcios según quien ejerce la custodia” <http://www.ine.es/prensa/np990.pdf> - 29/09/2016.

sobreviviente y en el segundo caso, los derechos-funciones que le corresponderían al progenitor difunto desaparecerían, ejerciendo en su totalidad la patria potestad el progenitor sobreviviente. En cambio, la muerte del progenitor guardador en el caso de la custodia unilateral plantea varios interrogantes. El art 92 CC no establece qué sucede con la atribución de la guarda, en la legislación actual lo que se plantea es restablecer la guarda al padre o madre sobreviviente si acredita aptitud suficiente para el cuidado y educación de sus hijos. Y en el caso de no reunir las condiciones necesarias para ejercer la custodia de sus hijos, el juez procederá al nombramiento de una tercera persona y en su defecto, de una institución idónea.²²

2.3.3 Custodia repartida entre los progenitores

Los modelos analizados anteriormente son los más comunes pero no hay que descartar la posibilidad de custodia repartida entre los progenitores.

Cuando hay varios menores, la guarda puede ser distribuida o partida entre sus progenitores, quedando alguno de ellos más al cuidado de uno de los progenitores y los otros del otro padre o madre. Este supuesto debe tratar de evitarse en cumplimiento del principio general de no separar a los hermanos, pero no puede excluirse a priori si se ajusta en mayor medida al interés del menor en el supuesto concreto.²³

Al hilo de esta cuestión podríamos mencionar la Sentencia nº 313/2016, de 6 de Octubre de 2016, Madrid. La jueza Dña. Emilia Marta Sánchez Alonso dictamino en el fallo, después de la evaluación de todas las pruebas, “que la guarda y custodia de la hija común se atribuye a la madre y la del hijo menor será compartida por ambos progenitores por semanas alternas, de lunes a lunes a la salida del colegio”.²⁴

Es una sentencia que ha llamado la atención por su fallo, pero el distinto régimen para cada uno de los niños se debe al principio del interés superior del menor y a la diferente etapa evolutiva de cada uno. No obstante, la sentencia se encuentra recurrida y se resolverá

²² LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. “Custodia compartida de los hijos”, 2008, paginas 239-241

²³ GETE-ALONSO Y GALERA, MARIA DEL CARMEN Y SOLÉ RESINA, JUDITH.

“Custodia compartida, derecho de los hijos y de los padres”, (2015), paginas 458-459

²⁴ SENTENCIA Nº 313/2016, 6 de Octubre de 2016, Madrid.

probablemente en verano, pero entendemos que se consolidara lo ya decidido por el juzgado de primera instancia.²⁵

²⁵ ISABEL F. LANTIGUA, Revista “EL MUNDO”, <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/01/27/588a2d3a22601dbe198c02ab.html> -27/01/2017.

CAPÍTULO III

MARCO JURÍDICO: REGULACIÓN LEGISLATIVA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

3. REGULACIÓN LEGISLATIVA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

3.1 Derecho civil común

3.1.1 Regulación anterior a la reforma realizada por la Ley 15/2005, de 8 de Julio.

La custodia individual o exclusiva de uno de los progenitores era la modalidad de guarda que se adopta normalmente antes de la reforma de la Ley 15/2005²⁶.

Si bien es cierto que podía convenirse entre los cónyuges el ejercicio compartido de la custodia, este sistema de guarda no se introduce en nuestro derecho positivo sino a partir de la ya mencionada reforma por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Hasta entonces, las decisiones judiciales habitualmente resolvían conforme a un modelo que respondía a unas mismas directrices: conceder la guarda y custodia de los menores habitualmente a la madre y establecer un régimen de comunicación, estancias o visitas más o menos flexible a favor del otro progenitor²⁷, correspondiendo el uso de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

En la praxis judicial imperaba un sistema de custodia individual, no así a favor de la custodia compartida. Con respecto a esta última, la SAP de Valencia de 10 de enero de 2001 señalaba que, salvo supuestos puntuales que pudiesen aconsejarla, el criterio de la Sala es la no concesión a los padres de la guarda y custodia compartida de los hijos, criterio “coincidente con el de la generalidad de las otras Audiencias Provinciales”. Cita como

²⁶ BOE nº. 163, de 9 de julio de 2005.

²⁷ Como indicaba DE COSSÍO MARTÍNEZ, M . “Las medidas en los casos de crisis matrimoniales”, 1997, pag. 20: “Lo normal y recomendable es atribuir la guarda y custodia a uno sólo de los padres, ya que de ordinario otra cosa privaría de estabilidad a los menores, si bien podrá llevarse a cabo de forma rotatoria o hasta determinada edad, en supuestos extraordinarios, tales como aquellos en los que los cónyuges continuaran viviendo en el mismo domicilio”. A colación, el mismo autor cita una SAP de Barcelona de 18 de marzo de 1995, en la que se desaconseja la guarda compartida solicitada por el padre de tres niños de catorce, ocho y tres años de edad, considerando que “esta medida sería perjudicial para los menores, sometidos a toda clase de inseguridad y abocados a una verdadera inestabilidad de vida y emocional al cambiar de domicilio y de régimen de vida cada tres meses”. El mismo criterio sigue la SAP de Valencia de 17 de Septiembre de 1992.

ejemplo la SAP de Madrid de 31 de Octubre de 1995 en la que se decía que la custodia compartida es una “medida que dentro del Derecho de Familia español podría calificarse de excepcional; tanto es así que el propio legislador, sin prohibirla expresamente, no ha contemplado tal posibilidad, y así el artículo 92 del Código Civil alude a la decisión que tomara el Juez acerca de cuál de los progenitores tendrá a su cuidado los hijos menores, sin que esto sea óbice para que el ejercicio de la patria potestad sea compartida en orden a tomar decisiones de cierta trascendencia”. En el mismo sentido, la SAP de Madrid de 17 de febrero de 1998.

La ley 15/2005 además de introducir la custodia compartida modificó el párrafo IV del art. 92 CC. En su anterior redacción disponía: “Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos”. Ya entonces se distinguía entre titularidad y ejercicio de la patria potestad²⁸, pero este párrafo incluía, además, la atribución del cuidado de los hijos a uno u otro progenitor.

Con relación a la específica medida sobre guarda y custodia de los hijos, conforme al anterior párrafo IV del art. 92 CC, el juez decidía que su cuidado correspondiera a uno u otro, procurando no separar a los hermanos. Por tanto, aun cuando los padres ostentaran la patria potestad conjunta, se preveía que la guarda y custodia correspondiera a uno de ellos, salvo que otra cosa acordaran los cónyuges y fuera aprobado por el juez. Así se deduce también del art. 159 CC: “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos menores de edad”. Lo mismo puede decirse de la regla 1ª del art. 103 CC en sede de medidas provisionales admitida la demanda, debiendo determinar el juez, a falta de acuerdo aprobado por el mismo, “con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el

²⁸ ROCA TRIAS, E., “Comentario al art. 92 CC”, en Comentarios a las reformas del Derecho de familia, vol. I, 1984, pag 580; GARCIA CANTERO, G., “Comentario a los arts. 90 a 106 CC”, en Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por ALBALADEJO, M., t. II, 2ª, 1982, pag 392. Con respecto al párrafo cuarto del art. 92 CC, DIEZ-PICAZO/GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, vol. IV, 8ª edic, Madrid, 2001, pag 128, señalan que es el resultado de la vertebración del instituto de la patria potestad en la reforma de 1981, en la que se diferencia entre titularidad y ejercicio de la patria potestad, que no tienen necesariamente que coincidir.

cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”.

Conforme a la redacción del art. 90.I A) CC, el convenio regulador debía contener la determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, su ejercicio y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos. Su modificación por la Ley 15/2005 pretendió, sin mencionarla, que la custodia compartida pudiera ser pactada en el convenio regulador. Se eliminó la expresión “régimen de visitas” y se estableció que, en su caso, se pactara el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.

Los criterios en que basar la atribución del cuidado de los hijos no estaban tasados en el art. 92 CC y siguen sin estarlo por el momento. Dicha medida debe adoptarse en beneficio de los menores, pudiendo el juez recabar dictamen de especialistas, oírles si tenían suficiente juicio y siempre si eran mayores de doce años²⁹, procurando no separar a los hermanos. De ahí que fuera necesario tener en cuenta las circunstancias del supuesto concretamente considerado.

Como regla general, se otorgaba la custodia individual a uno de los progenitores, a aquél que se encuentre en mejores condiciones de velar por el interés de los menores³⁰.

²⁹ La SAP de Toledo, de 17 de septiembre de 1998 señalaba entonces que “el juzgador debe tener en cuenta, como elemento relevante de su decisión, la propia voluntad de los hijos. Este deber procesal de oír judicialmente a los hijos antes de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación, permite considerar la voluntad manifestada de los menores como criterio legal relevante de acomodación de tales medidas al principio general destinado a favorecer el interés preponderante de los hijos. Y si bien este interés puede, en algún supuesto, no ser coincidente con su deseo a sí expresado, en cuyo caso no ha de seguirse necesariamente y de forma automática la solución conforme a dicha voluntad, no cabe desconocer la decisiva importancia que siempre ha de tener ésta, en cuanto representa un factor esencial para la propia estabilidad emocional o afectiva y para el desarrollo integral de la personalidad del menor afectado”.

³⁰ En relación con el art. 92.IV CC, la STC de 9 de Junio de 2003 señala que el criterio judicial de atribución de la guarda y custodia es el del progenitor que se encuentre en mejor situación para cumplir con este deber derivado de la patria potestad.

Una vez más, ha de atenderse al *favor filii* siendo una de las medidas a tener en cuenta, por lo que la guarda y custodia deberá atribuirse al progenitor en quien concurren las circunstancias adecuadas para proteger dicho interés que vendría a suponer la elección del progenitor en quien el hijo encuentre mayor entendimiento, efectividad y apoyo para su formación integral³¹.

Las decisiones judiciales que han resuelto sobre la concesión del cuidado de los hijos a uno de los cónyuges han valorado³², como circunstancias favorables, la estabilidad en el trabajo, la disponibilidad horaria, la redacción de los hijos con la pareja del progenitor, la edad de los hijos, la permanencia en el entorno en que los hijos venían desarrollándose o la convivencia anterior con el progenitor a quien se asigna su cuidado.³³

3.1.2 *Inclusión de la Custodia Compartida.*

La Ley 15/2005, de 8 de Julio dio una nueva redacción, entre otros, al artículo 92 CC en nueve apartados.

³¹ En opinión de SEIJAS QUINTANA, J.A., “Consecuencias de la separación y el divorcio: el interés del menor. Alimentos. Guarda y custodia. Régimen de visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial referencia a los Convenios de la Haya, Luxemburgo y Bruselas”, en AC, 1997-3, pag 642, de los datos que las partes interesadas ofrecen para poder adoptar esta medida destaca, entre otros, la edad, sexo y personalidad de los hijos valorados en relación a otros factores, como la capacidad de los padres para asumir los menesteres de guarda y custodia, y facilitar el trato del niño con el progenitor que no haya obtenido la custodia.

³² MARTIN LÓPEZ, M. J, “Comentario al art. 92 CC”, en Comentarios al Código Civil, 4ª edic, Navarra, 2013, pp 237-238, recoge un elenco de sentencias en las que se mantienen los criterios apuntados. MONTERO ROCA, J., “Guarda y custodia de los hijos” (La aplicación práctica del artículo 92 del Código civil), Valencia, 2001, pp 60 y ss. alude a las sentencias que distinguen entre criterios de atribución de la custodia que la jurisprudencia no estima utilizables, como la fe religiosa, la condición de extranjero, el sexo de los progenitores, el status social, la convivencia con un tercero o el coeficiente intelectual; criterios controvertidos, como la edad del menor o el abandono del hogar; criterios negativos de la atribución, como el consumo de drogas y de alcohol, encontrarse uno de los progenitores en prisión o la enfermedad mental; y criterios positivos, como la no alteración del entorno, el tiempo disponible por razón de trabajar o no, el horario laboral y el lugar de trabajo.

³³ PÉREZ CONESA, CARMEN., “La Custodia Compartida”, 2016, página 17-22

El objetivo de acuerdo con la exposición de motivos de la ley, es mejorar la realización del beneficio de los sujetos a patria potestad y procurar que ambos progenitores perciban que su responsabilidad con respecto a los hijos menores o incapacitados no termina con la separación o el divorcio, exigiendo la nueva situación un mayor grado de diligencia en el ejercicio de aquélla.

En lo referente al ejercicio de la patria potestad, la pretensión del legislador fue reforzar la libertad de decisión de los padres, pudiendo acordar en el convenio regulador que la misma sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges, siendo decisión del juez en los procesos contenciosos³⁴. En este aspecto, la modificación del anterior párrafo IV del art. 92 CC no supuso una novedad que no estuviera ya prevista, dicho párrafo ya establecía que podía acordarse, conviniendo así a los hijos, que la patria potestad fuera ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de aquéllos correspondiera a uno u otro. Por tanto, en cuanto al ejercicio de la patria potestad, la reforma no implicó cambio alguno. Lo que se eliminó en el nuevo apartado 4 del art. 92 CC³⁵ es la referencia del cuidado de los hijos, continuando en los demás fundamentalmente igual.

Sin embargo, la introducción en el art. 92 CC de los actuales apartados 5, 7 y 8³⁶, en los que se establece concretamente la custodia compartida, sí supuso una innovación con respecto

³⁴ “Consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad” (Último párrafo de la Exposición de Motivos).

³⁵ Redacción del nuevo art 92.4 CC: “Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges”.

³⁶ Redacción del nuevo artículo 92 apartados 5, 7 y 8: “5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”. “7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la

a la regulación anterior. El legislador de 2005 se apoya en que la culpabilidad del cónyuge en el antiguo modelo de separación-sanción era causa para quedar alejado de los hijos, quedando así explicado en la exposición de motivos de la Ley 15/2005³⁷.

Con ello, se quiso consagrar legalmente la custodia compartida, incorporando este término por primera vez al contenido del art. 92 CC y distinguiendo entre que sean los cónyuges quienes acuerden o, faltando consenso, que sea el juez quien la adopte a instancia de uno de ellos.

El legislador no optó en ese momento por un modelo legal que diera preferencia a la custodia compartida frente a la individual o exclusiva, como se ha hecho en algunas Comunidades Autónomas. Ambas formas de guarda y custodia se recogen en el art. 92 CC.

38

3.2 Derecho civil foral

Actualmente, en materia de custodia, solo han desarrollado un derecho civil propio las comunidades de Aragón, Cataluña, Navarra, Comunidad Valenciana y País Vasco. El resto de comunidades se rige por la normativa común, contenida en los artículos 90 y siguientes y, especialmente en la materia que nos ocupa, en el art. 92 del Código Civil, en la última redacción operada por la Ley 15/2005 de 8 de julio, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

existencia de indicios fundados de violencia doméstica”. “8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

³⁷ “Al amparo de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, de modo objetivamente incomprensible, se ha desarrollado una práctica coherente con el modelo pretérito, que materialmente ha impedido en muchos casos que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores. La consecuencia de esta práctica ha sido que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que puede evitarse. Así pues, cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés” Párrafos vigésimo segundo y vigésimo tercero de la Exposición de Motivos”.

³⁸ PÉREZ CONESA, CARMEN., “La Custodia Compartida”, 2016, pág 23-24

La sociedad está cambiando por lo que la situación descrita en el Código Civil no se considera adecuada por muchos. La custodia compartida ha ido ganando fuerza en España en los últimos años. Para algunos, es la solución más justa para ambos progenitores. Otros, sin embargo, consideran que genera inestabilidad y conflictos en la vida de los niños.

Algunas Comunidades Autónomas con derecho civil propio han decidido regular la custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de sus padres con su propia ley autonómica. Pasemos a examinarlas de manera cronológica:

3.2.1 Cataluña: Ley 25/2010, de 29 de Julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

El Parlamento Catalán aprobó, en el verano de 2010 y con la ley 25/2010, el Libro II del Código Civil catalán denominado “De la persona y la familia”, en el que se cambia el término de *custodia compartida* por el de *responsabilidad parental compartida*.

La ley catalana da prioridad al acuerdo entre los progenitores a través del llamado *plan de parentalidad*. A diferencia de la aragonesa, no se decanta de forma expresa por la preferencia de la custodia compartida, si bien puede deducirse esa intención de la redacción de sus arts. 233.8 y 233.10 referidos, respectivamente, a la responsabilidad parental y al ejercicio de la guarda.

En efecto, así es, según se deduce especialmente del primero de ellos, art. 233.8, al establecer que, en los casos de ruptura de la convivencia, no se alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos, de modo que éstas mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente. El segundo establece que cada uno de los padres presentará un *plan de parentalidad* en el que deben especificar cómo piensan ejercer sus responsabilidades con los hijos, planes que el juez tratará de conciliar. La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si éste no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual, si así conviene más al interés del hijo. (233.10).

En su art. 233.11, se contienen una serie de criterios y circunstancias a tener en cuenta para determinar el régimen de custodia, tales como:

- a. La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares.
- b. La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.
- c. La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores.
- d. El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar.
- e. La opinión expresada por los hijos.
- f. Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio, antes de iniciarse el procedimiento.
- g. La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.

También, se contiene la recomendación de no separar a los hermanos, y la prohibición, en interés de los hijos, de atribuir la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme, o contra el que haya indicios fundamentados de que haya cometido actos de violencia familiar o machista, de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas.³⁹

Finalmente, por lo que respecta a la atribución del uso de la vivienda familiar, siendo el régimen de guarda la custodia compartida, en primer lugar se estará a lo que hayan acordado los progenitores en cuanto a la distribución de dicho uso por periodos determinados. En ausencia de acuerdo o si éste no ha sido aprobado, el juez debe conceder el uso de la vivienda familiar al progenitor más necesitado de protección con carácter temporal. No se especifica el plazo, de modo que será el juez quien lo determine⁴⁰.

³⁹ www.noticiasjuricidas.com ; "El régimen de guarda y custodia en España. Derecho común y Comunidades Autónomas con Derecho civil propio", -09/09/2014.

⁴⁰ PEREZ CONESA, CARMEN., "La Custodia Compartida", 2016, página: 115-116

3.2.2 *Navarra: Ley foral 3/2011, de 17 de Marzo, sobre la custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.*

La Comunidad foral de Navarra ha aprobado la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre *Custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres*, que entró en vigor el 28 de junio de 2011.

La Ley Foral pretende, en línea con la realidad social actual, corregir el carácter excepcional de la custodia compartida en la regulación del Código Civil. La finalidad de esta Ley, dice su art. 1, es adoptar las medidas necesarias para que la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores atienda al interés superior de los mismos y a la igualdad de los progenitores, así como facilitar el acuerdo de éstos a través de la mediación familiar.

La ley no se decanta por ninguna de las dos formas de custodia, que regula en absoluto plano de igualdad⁴¹. Así, el art. 3 dice que, en el caso de ruptura de la convivencia, cada uno de los padres por separado o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida por ambos o por uno de ellos. La decisión judicial se adoptará tras oír al Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos.

En definitiva, es el Juez quien decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores, teniendo en cuenta, como en la legislación aragonesa y catalana, los siguientes factores: a) la edad de los hijos b) la relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas c) el arraigo social y familiar de los hijos d) la opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años e) la aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos f) las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres g) los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que éstos le hayan justificado; y h) cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

⁴¹ Así lo expresa NANCLARES VALLE, J., “La custodia de los hijos en el Derecho Civil de Navarra”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, abril 2012, n.º. 1, pag 99, quien destaca, como aspecto positivo de la ley navarra, la neutralidad legal respecto de los diferentes sistemas de guarda y custodia.

Finalmente, como la ley catalana, se contiene la recomendación de no separar a los hermanos y, como la catalana y la aragonesa, se prohíbe otorgar la guarda individual o colectiva a uno de los padres cuando conjuntamente se den las dos siguientes circunstancias: a) encontrarse incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas; y b) que se haya dictado resolución judicial motivada, en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco se dará, cuando el Juez advierta la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género. La medida es revisable a la vista de la resolución firme que se dicte en el proceso penal, estableciéndose expresamente que no será suficiente a esos efectos la sola denuncia por la pareja.⁴²

Esta Ley Foral Navarra únicamente regula el régimen de guarda y custodia de los menores ante la ruptura de la convivencia de sus progenitores. Ninguna regulación específica prevé acerca de la atribución del uso de la vivienda familiar ni de la pensión alimenticia de los menores en los casos de custodia compartida⁴³.

3.2.3 *Aragón: Decreto legislativo 1/2011, de 22 de Marzo, del gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el texto refundido de las leyes civiles aragonesas.*

Aragón fue la primera CCAA en legislar sobre custodia compartida en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. No obstante, esta ley ya no está en vigor al haber sido derogada por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, que aprobó, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, en él se establece la custodia compartida como opción preferente salvo que la individual sea más conveniente⁴⁴.

⁴² www.noticiasjuridicas.com; "El régimen de guarda y custodia en España. Derecho común y Comunidades Autónomas con Derecho civil propio", 09/09/2014.

⁴³ PEREZ CONESA, CARMEN., “La Custodia Compartida”, 2016, página: 118

⁴⁴ NANCLARES VALLE. J., “La custodia de los hijos en el Derecho Civil de Navarra”, página102.

En su art. 80, dicho Código trata de la guarda y custodia de los hijos para señalar que cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos.

En los casos de custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos, adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad.

En los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor, que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar.

Pese a que en el núm. 2 del citado artículo se establece que el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, a continuación, se contiene la salvedad de que la custodia individual sea más conveniente. Esta decisión de custodia, sea individual o compartida, debe apoyarla el Juez en el *plan de relaciones familiares* que deberá presentar cada uno de los progenitores, atendiendo, además, a los siguientes factores: a) la edad de los hijos b) el arraigo social y familiar de los hijos c) la opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años d) la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos e) las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; y f) cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

Antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores, evitando la separación de los hermanos salvo circunstancias que lo justifiquen⁴⁵.

Finalmente en el Código del Derecho Foral de Aragón se regula la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de concederse la custodia compartida. Faltando acuerdo entre los progenitores, corresponde al progenitor que tenga más dificultades de acceso a una vivienda por razones objetivas, art. 81.1. Asimismo, se regula la pensión de alimentos

⁴⁵ www.noticiasjuridicas.com; "El régimen de guarda y custodia en España. Derecho común y Comunidades Autónomas con Derecho civil propio", 09/09/2014.

bajo la denominación de “gastos de asistencia a los hijos”, art. 82. Dependiendo del régimen de custodia, el juez establecerá el pago compartido o por separado de los gastos ordinarios, pudiendo fijar un pago periódico entre los progenitores. Los gastos extraordinarios necesarios deberán ser satisfechos por los padres en proporción a sus recursos económicos disponibles y los gastos extraordinarios no necesarios se pagaran en forma que aquéllos acuerden, y en su defecto, se abonaran por quien haya decidido realizar el gasto⁴⁶.

3.2.4 Valencia: La Ley 5/2011, de 1 de Abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

La Comunidad Valenciana ha legislado sobre la custodia compartida en la Ley 5/2011, de 1 de abril, de aplicación respecto de los hijos e hijas, sujetos a la autoridad de sus progenitores, que tengan vecindad civil valenciana. Al igual que Aragón, sitúa este sistema como modelo preferente a falta de acuerdo entre los progenitores.

Se expone en el Preámbulo que este régimen: “... pretende facilitar un mejor encaje de la nueva situación familiar por parte de cada menor y el mantenimiento de los lazos de afectividad con ambos progenitores. Asimismo, pretende disminuir el nivel de litigiosidad entre éstos, derivada del frecuente otorgamiento de la convivencia a uno solo de ellos y favorecer la corresponsabilidad y la distribución igualitaria de roles sociales entre hombre y mujer en las relaciones familiares” (párrafo octavo).

La Ley Valenciana no emplea el término de custodia compartida, sino el de convivencia compartida. Define en el art. 3 a) el concepto de régimen de convivencia compartida como “... el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordando voluntariamente entre aquéllos o en su defecto por decisión judicial”. Al definir, a su vez, el régimen de convivencia individual, lo trata como “... una modalidad excepcional... consistente en la atribución de la cohabitación con los hijos e hijas menores a uno sólo de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos o hijas menores adaptado a las circunstancias del caso”.

⁴⁶ PEREZ CONESA, CARMEN., “La Custodia Compartida”, 2016, página 124.

La Ley Valenciana establece los extremos que, al menos, deben contenerse en el pacto (art. 4.2):

- A) el régimen de convivencia y/o de relaciones con los menores para garantizar su contacto con ambos progenitores;
- B) el régimen mínimo de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas;
- C) el destino de la vivienda y el ajuar familiar, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar;
- D) la cuantía y el modo de satisfacer los gastos de los menores.

Cuando no sea posible el acuerdo entre los progenitores, el régimen de convivencia será fijado por la autoridad judicial. Este supuesto se regula en el art. 5, cuyo apartado 2 dispone como regla general la atribución compartida a ambos progenitores del régimen de convivencia con los hijos menores. Se regula como el sistema de guarda ordinario, aunque no de aplicación automática por ser también posible, conforme al apartado 4 del precepto citado, que la autoridad judicial otorgue a uno de los padres el régimen de convivencia con los menores, si lo considera necesario para garantizar el interés superior y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y de más que procedan. Aunque hay que destacar que la custodia monoparental es la excepción, al igual que sucede en Aragón.

De acuerdo con el art. 92.6 CC, el juez deberá valorar la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos antes de acordar el régimen de guarda y custodia. En la Ley Valenciana, no es necesario esa valoración por parte del Juez: como regla general atribuirá a ambos, de manera compartida, el régimen de convivencia con los menores, a falta de pacto al respecto y aunque las relaciones sean malas. Parece que fomentando este tipo de convivencia compartida trata de eludirse, sin perjuicio de las desavenencias que entre ellos pueda existir, un mayor grado de implicación que permita vencer los pequeños inconvenientes que tengan entre ellos, asegurando la convivencia compartida en buen entendimiento entre los progenitores por así exigirlo este modelo de custodia.

Ahora bien, hay que ser conscientes que este modelo lo requiere, pero concediéndolo no se garantiza en absoluto que así sea.⁴⁷

⁴⁷ PEREZ CONESA, CARMEN., “La Custodia Compartida”, 2016, página: 124-130

Los criterios que sí debe apreciar el juez para resolver el régimen de convivencia son los señalados en el apartado 3, entre los que, no se menciona el relativo a la relación entre los progenitores:

- a) La edad de los menores. (Si están en periodo de lactancia, podrá establecerse un régimen de convivencia provisional que progresivamente deberá ampliarse a instancia de cualquiera de los progenitores);
- b) La opinión del menor cuando tuviera suficiente juicio, y en todo caso, al haber cumplido 12 años;
- c) La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los menores y la capacidad de cada progenitor;
- d) Los informe sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan;
- e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores;
- f) La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con su hijo;
- g) Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos.

La ley valenciana también prevé a quién se debe atribuir el uso de la vivienda familiar siendo el régimen de convivencia compartida. En tal caso, no existiendo acuerdo entre los progenitores, se otorgara judicialmente en función de los que sea más conveniente para los menores. Si es compatible con ello, corresponde tal uso al progenitor con mayores dificultades objetivas para acceder a otra vivienda por el periodo que fije el juez, pues tiene carácter temporal, pudiendo cesar o modificarse por decisión judicial si cambian las circunstancias que motivaron su asignación o resulta abusivo o perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario del uso (art 6.1 y 3). Ahora bien, se plantea la posibilidad de que los dos progenitores tengan dificultad de acceso a otra vivienda, en menor medida uno que otro. En tal situación, se defiende que el uso deberá ser asignado a los hijos, alternándose los padres durante el tiempo que convivan con ellos o que no se asigne a nadie para que los progenitores puedan alcanzar un acuerdo sobre la venta o arrendamiento de la vivienda familiar con el fin de tener dos viviendas que les permitan convivir con sus hijos⁴⁸.

Por lo que respecta a la pensión alimenticia o “gastos de atención a los hijos e hijas”, en la terminología de la ley, el artículo 7.4 deja a la decisión de la autoridad judicial el modo en

⁴⁸ CORDERO CUTILLAS, I., “Algunos aspectos de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”, en LA LEY 1014/2013, p.6.

que hayan de ser satisfechos en función del régimen de convivencia que se haya establecido.

Ahora bien, esta ley fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional, en sentencia dictada el 16 de noviembre en el recurso de inconstitucionalidad 3859/2011, ha anulado en su totalidad la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. La norma fue suspendida de forma automática una vez admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad, pero la suspensión fue posteriormente levantada por el Pleno mediante Auto de 22 de noviembre de 2011.

La cuestión se ciñe a una cuestión de competencia. El nudo del asunto, es la existencia o no en este caso de un derecho civil foral o especial, ya que este es el presupuesto indispensable para ejercer la competencia legislativa que el art. 149.1.8CE⁴⁹ concede. Según insiste el constitucional no se ha aportado por parte de la CCAA prueba que permita apreciar la concurrencia de los requisitos del art. 149.1.8 CE, exige; no hay pervivencia de normas consuetudinarias, luego no hay competencia para desarrollar unas normas que no existen. Todo ello lleva como consecución la declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la norma, y ello no porque no se haya reconocido la posibilidad legítima de que pudiera hacerlo, sino porque no se ha demostrado la vigencia de “normas consuetudinarias” o costumbre que continuaran vigentes con la aprobación de la constitución de 1978.

Respecto al alcance del pronunciamiento de inconstitucionalidad, el Tribunal señala que no afectara a situaciones jurídicas ya consolidadas, esto es, a las decisiones adoptadas por los tribunales durante el tiempo de vigencia de la ley ahora anulada, y ello conforme al principio de seguridad jurídica.⁵⁰

⁴⁹ Constitución Española, 1978 en su artículo 149.1.8: “Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

⁵⁰ www.noticiasjuridicas.com “El TC anula la Ley valenciana de custodia compartida”, 29/11/2016.

El 13 de abril de 2016, el Grupo Parlamentario Socialista en las Cortes Valencianas ha presentado una proposición de ley sobre la derogación de la Ley 5/2011, de 1 de abril⁵¹. El artículo único de dicha proposición de ley dispone: “Queda derogada en su integridad la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”. La mesa de las cortes valencianas acordó, en su reunión del día 19 de abril de 2016, admitir a trámite la mencionada proposición de ley derogatoria⁵².

3.2.5 País Vasco: Ley 7/2015, de 30 de Junio, de Relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

Y por último, habría que hablar de la Ley 7/2015, de 30 de junio de la Comunidad Autónoma del País Vasco que es el resultado de la iniciativa legislativa popular⁵³.

El legislador vasco prioriza la custodia compartida como medida judicial, a falta de acuerdo entre los padres. Los principios de esta ley son, como se afirma en la Exposición de Motivos: “1. Corresponsabilidad parental. 2. Derecho de las personas menores de edad a la custodia compartida”. 3. Derecho de la persona menor de edad a relacionarse de forma regular con el progenitor no custodiado y con las familias extensas de ambos. 4. Igualdad entre hombres y mujeres”.

Por lo tanto, a falta de acuerdo de los padres, se atribuirá la custodia compartida por el juez, siempre que no sea perjudicial para el interés del menor y lo solicite una de las partes (art 9.3 *ab initio*). Es decir, la custodia compartida en la ley vasca tiene prioridad sobre la monoparental, pero no es automática ni se puede acordar de oficio.

Al igual que en la Ley Valenciana, no son motivos suficientes para no conceder la custodia compartida la oposición a la misma de uno de los padres ni las malas relaciones entre

⁵¹ Así lo propone CORDERO CUTILLAS, L., “Algunos aspectos de la Ley 5/2011”, página 13.

⁵² http://www.cortsvalecnianes.es/BASISCGI/BASIS/BOCV/WEB/BOCV_INS_C/DDW?W=CLAVE_I NSERCION=188591518722082, “Boletín Oficial de las Cortes Valencianas”, 06/05/2016.

⁵³ Publicada en el Boletín Oficial del País Vasco, nº 129, de 10 de Julio de 2015. “El día 12 de abril de 2011 se presento en el Parlamento Vasco la iniciativa legislativa popular de corresponsabilidad parental y relaciones familiares en caso de ruptura de la convivencia de los padres con hijos/as, conocida por ‘Ley de custodia compartida’. Dicha iniciativa fue acompañada por más de 85.000 firmas”.

ambos (art. 9.2). Ahora bien, que dictamine esto este artículo no significa que en la práctica no pueda dar lugar a problemáticas, ya que si no están de acuerdo los padres podría ser conflictiva la práctica de la custodia.

En el País Vasco tampoco se puede atribuir ni la custodia individual ni la compartida ni un régimen de estancia, relación y comunicación con el progenitor que haya sido condenado por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género contra el otro miembro o con alguno de sus hijos.

En relación con el uso de la vivienda familiar, los apartados 4 y 5 del art 12 ponen en conexión su otorgamiento con el régimen de custodia compartida. En tal supuesto, si no fuera atribuido a ambos por periodos alternos, corresponderá temporalmente al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a una vivienda siempre que sea compatible con el interés superior del menor. En esta ley sí que concreta un plazo máximo de dos años, pudiendo prorrogarse también temporalmente si así se solicita seis meses antes, como máximo, del vencimiento del plazo.

Por lo que respecta a la pensión de alimentos para atender a las necesidades de los hijos, no se contempla específicamente cómo han de contribuir los progenitores cuando se concede a ambos el ejercicio compartido de la custodia. Sólo indirectamente se hace mención de este supuesto en el art 10.3⁵⁴ al establecer los criterios a tener en cuenta para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios, entre otros el tiempo de permanencia de los hijos con cada uno de los progenitores.⁵⁵

⁵⁴ Ley 7/2015, de 30 de Junio, de Relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, art 10. 3: “Para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios se tendrán en cuenta las necesidades de los hijos e hijas, los recursos económicos de cada miembro de la pareja, el tiempo de permanencia de los hijos e hijas con cada uno, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos e hijas y la contribución a las cargas familiares, en su caso. Los gastos extraordinarios de los hijos e hijas serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos voluntarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen, y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido su realización”.

⁵⁵ PEREZ CONESA, CARMEN., “La Custodia Compartida”, 2016, página 131-134

3.3 Derecho comparado

Convendría hacer una breve referencia a la custodia compartida en el derecho comparado. Aunque la terminología y los sistemas legales no son homogéneos, podemos decir que de los estados miembros de la Unión Europea, sólo seis hablan en sus leyes explícitamente de custodia compartida con estas palabras u otras equivalentes, y estos son: Bélgica, España, Francia, Inglaterra y Gales, Italia y la República Checa, y con estos caracteres⁵⁶:

- Cabe por convenio de los padres, homologado judicialmente, si no vulnera el principio del “bonum filii”⁵⁷.
- Cabe la posibilidad de decretarla judicialmente (España y Francia).
- Tan solo Bélgica ha configurado de modo general una custodia por periodos alternos; cargando al cónyuge que se opone la prueba del perjuicio del hijo.
- La legislación más minuciosa a la hora de precisar los criterios para que el Juez la decrete es la de la República Checa.
- En general, se recomienda, pero no se impone, la figura de la mediación.
- La audiencia del menor es contemplada en todos los indicados ordenamientos.

⁵⁶ www.mjusticia.gob.es “Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio”, de 15 de Octubre de 2014.

⁵⁷ “Favor filii”

CAPÍTULO IV
CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA
COMPARTIDA

4. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

4.1. Teoría general de los criterios de atribución.

Llama la atención la ausencia de criterios que sirvan de guía para el juez competente, esto es debido a la multiplicidad de particularidades que existen en cada caso concreto. Esto da lugar a la imposibilidad de diseñar unas pautas que actúen como regla general para la resolución de los casos.

KEPA AYERRA, vocal de la junta directiva de la Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA), afirma: “en el derecho de familia no son positivos los ‘automatismos’”. Este catedrático en Derecho y autor de una tesis doctoral sobre la custodia compartida, sostiene que debe apreciarse caso por caso y analizar en detalle qué es lo más conveniente para el menor. “Considero que la generalización de la custodia exclusiva no era acorde con enjuiciar el supuesto atendiendo a las especiales características del caso concreto y considero que el trasvase de dicha generalización a la custodia compartida adolece de la misma consecuencia. Es positivo que coexistan la custodia exclusiva y la compartida y que sea el Juez quien, en cada caso, pueda acordar, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto, cual es la fórmula más acorde al interés del menor”, afirma.⁵⁸

A pesar de tenerse que analizar caso por caso, comentare, a continuación, unas referencias legales que pueden servir de guía.

Primeramente, habría que mencionar a nuestro Código Civil, concretamente su art. 92CC. Este artículo establece posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida.

⁵⁸ www.noticias.juridicas.com “LA GENERALIZACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA NO PERMITE ENJUICIAR CADA CASO SEGÚN SUS ESPECIALES CARACTERÍSTICAS”, 11 de Julio de 2016.

El art 92.6 CC dispone que el juez deberá “... valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella...”⁵⁹. Por lo que se deberá de tener en cuenta las alegaciones de los progenitores para llevar a cabo la resolución final.

En otro de sus apartados, en el art 92.9 CC dice: “...el juez podrá recabar dictamen de especialistas⁶⁰ debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo del ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores”.⁶¹ Por lo que permite al juez, si así lo estima conveniente, solicitar dictámenes de especialistas para conocer cuestiones que no le competen y proceder a la fundamentación de la posterior resolución.

Como último criterio legal previsto en nuestro Código Civil, habría que mencionar el art 92.5CC, su objetivo principalmente es evitar la separación de los hermanos, fundamentándose en el principio de unidad familiar.⁶²

Ahora bien, las posibilidades que establece el artículo 92 del Código Civil para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida parten del requisito esencial de que medie la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse. Así lo ha establecido la Sala de lo Civil del TS en su Sentencia 400/2016, de 15 de junio de 2016, por la que anula el régimen de custodia compartida de una menor concedido a su padre y su madre porque ninguno lo había solicitado. El tribunal ordena a la Audiencia Provincial de Vizcaya, que dictó la sentencia estableciendo la custodia compartida, que pronuncie nueva

⁵⁹ Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, artículo 92.6 “...valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella...”

⁶⁰ A medida que han ido aumentando las tasas de Separación y divorcio en España, resulta cada vez más frecuente la intervención de los psicólogos forenses en los procedimientos de familia. La llamada Ley del Divorcio del año 1981 es la que introdujo en el Código Civil, el dictamen de especialistas como un elemento auxiliar del enjuiciamiento.

⁶¹ Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, artículo 92.9 “... el juez podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo del ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores”

⁶² Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, artículo 92.5 “...el Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”.

sentencia.⁶³ Esto sería lo correcto ya que sin ninguno lo pide es porque no están dispuestos a llevarlo a cabo de manera adecuada, y al fin y al cabo el que va a salir dañado es el menor.

Al hilo de esta cuestión, también se recomienda que se dé el mutuo acuerdo entre las partes, contemplado en la Ley del Divorcio y que no sea fruto de una decisión del juez contra la voluntad de los progenitores. Una de las razones que se da en documentos suscritos por “Fundación de Mujeres” o “Unión de Asociaciones de Familias” (UNAF), es que la custodia compartida impuesta va en contra de la igualdad y es una forma más de violencia contra las mujeres, ya que lo recomendable es que haya un alto nivel de cooperación y buena comunicación. De hecho, muchas de las mujeres que sufren violencia de género, que no llegan a denunciar y optan por la separación, es el momento en que sus hijos pueden llegar a convertirse en herramienta del maltratador para perpetuar el control sobre ellas. Para la presidenta de la Federación de Asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas, Ana María Pérez del Campo, “la pretensión de imponer la custodia compartida en un divorcio representa violencia y sometimiento” y “deja a un lado sin dudarlos los derechos de los menores y por tanto el interés primordial de los hijos para permitir que preponderen los intereses adultos de sus progenitores”.⁶⁴

Otro criterio a tener en cuenta es el informe del Ministerio Fiscal, en base a las disposiciones 749.2 y 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en donde se establece que: “será preceptiva la intervención del Ministerio cuando alguno de los interesados sea un menor”, “Si hubiera menores(...)el tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal”.⁶⁵ Este órgano es un colaborador de la justicia, vela por el interés del menor, por sus beneficios y sus derechos.

También se tiene que tener en cuenta la confesión del menor, siendo necesario escuchar su voluntad. Así lo afirma Catalina Perazzo, portavoz de *Save The Children*, cuando hace hincapié en la necesidad de escuchar al niño con herramientas para hacerlo adecuadas a su edad que le permitan formarse un juicio de la situación y expresarlo. Sin embargo,

⁶³ Sala de lo civil del Tribunal Supremo, SENTENCIA 400/2016, de 15 de junio de 2016.

⁶⁴ www.noticiasjuridicas.com “LA GENERALIZACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA NO PERMITE ENJUICIAR CADA CASO SEGÚN SUS ESPECIALES CARACTERÍSTICAS”, 11 de Julio de 2016.

⁶⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, artículo 749.2 y 777.5 “será preceptiva la intervención del Ministerio cuando alguno de los interesados sea un menor”/“Si hubiera menores, (...), el tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal”.

reconoce que en la actualidad “no hay medios suficientes” en los juzgados que garanticen una correcta evaluación de los menores, de hecho lo normal es que el equipo psicosocial vea a la familia una sola vez: una hora al padre, otra hora al niño y otra hora a la madre y eleve al juez un veredicto. Afirmar, “que el veredicto del menor tendrá que completarse ya que no es suficiente, no es solo el tiempo y la formación de los profesionales, es dotarles de herramientas, porque a lo mejor en una hora de conversación no puedes dirimirlo pero si le das otra herramienta, quizá si podría hacer una evaluación”.⁶⁶

Por otro lado, la doctrina ha señalado que la distancia entre domicilios se ha de tener en cuenta para no atribuir la guarda y custodia compartida, sólo cuando pueda perjudicar al interés del menor por residir los progenitores en municipios lejanos. Como señala PATRICIA ESCRIBANO, la jurisprudencia menor viene entendiendo que la proximidad o lejanía de los domicilios es un factor que se ha de ponderar pero que “no es determinante ni excluyente, puesto que lo esencial es que tal diferencia sea compatible con el ejercicio conjunto de la custodia (SAP Barcelona, de 9 de Abril de 2014)”.

Pocos serían los casos en que se favoreciera al menor con la atribución de la custodia compartida existiendo una lejanía entre los domicilios de sus progenitores, ya que esto le podría llevar a crear una situación de estrés y de irregularidades en su vida, ya sea con su escolarización, amigos, etc. Por lo tanto, aunque los padres acuerden llevar a cabo de manera correcta la custodia compartida, no se debería de permitir mirando y velando por el bien del menor.

El TS se ha pronunciado por primera vez sobre este punto en la sentencia 115/2016,⁶⁷ de 1 de marzo de 2016. En este caso, el Tribunal deniega a un padre la custodia compartida de

⁶⁶ www.noticias.juridicas.com “LA GENERALIZACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA NO PERMITE ENJUICIAR CADA CASO SEGÚN SUS ESPECIALES CARACTERÍSTICAS”, 11 de Julio de 2016.

⁶⁷ SENTENCIA 115/2016, de 1 de Marzo de 2016, “Realmente la distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida con estancias semanales, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor máxime cuando está próxima su escolarización obligatoria, razones todas ellas que motivan la denegación del sistema de custodia compartida. Ciertamente el recurrente se comprometió a trasladar su domicilio, pero alabando la buena voluntad del mismo, ello no depende solo de su propio impulso sino que requiere la consolidación del cambio residencial, pues no se aprecia una clara posibilidad

su hijo menor de edad, debido a la distancia entre su domicilio en Cádiz y el de la madre, con la que el menor vive, en Granada. Con esta sentencia según el TS se ha respetado el interés del menor, su corta edad y el trascendental dato de la distancia geográfica del domicilio de los progenitores.

Otro criterio a tener en cuenta es la relación de los progenitores. Desde que en la sentencia de 22 de julio de 2011 se señalara que “las relaciones entre los cónyuges por si solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en los siguientes años.⁶⁸

Para ponernos en situación práctica, en la sentencia 143/2016, de 9 de marzo de 2016, el alto tribunal recuerda que la adopción del sistema de custodia compartida requiere una mínima capacidad de diálogo, para no perjudicar el interés del menor, “y en el presente caso no se puede pretender un sistema compartido de custodia cuando las partes se relacionan solo por medio de SMS y de sus letrados, lo que abocaría al fracaso de este sistema que requiere un mínimo de colaboración que aparque la hostilidad y apueste por el diálogo y los acuerdos”⁶⁹.

Sin embargo, en la Sentencia 96/2015,⁷⁰ de 16 de Febrero, el Tribunal Supremo considero “razonables” las divergencias entre los padres, lo cual no imposibilita el régimen de guarda

de obtención de trabajo en Granada, por lo que estaríamos ante una mera expectativa, cuando menos, incierta”.

⁶⁸ www.noticias.juridicas.com “LA DOCTRINA DEL TS SOBRE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: SENTENCIA CLAVE”, 23 de Abril de 2016.

⁶⁹ SENTENCIA 143/2016, de 9 de marzo de 2016.

⁷⁰ SENTENCIA 96/2015, de 6 de Febrero. “El alto tribunal revoca la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, que concedió la custodia a la madre al estimar que había un importante nivel de conflictividad y tensión en la pareja que permitía inferir que la custodia compartida no sería una solución sino un semillero de problemas que iba a intensificar la judicialización de la vida de los litigantes e incidir negativamente en la estabilidad del menor. Como pruebas de esa tensión, tuvo en cuenta las discrepancias serias por el colegio de escolarización del menor y el hecho de que la mujer hubiese sido condenada por una falta de coacciones tras una denuncia de su marido por haber cambiado la cerradura de la vivienda familiar. Para el supremo, las razones esgrimidas por la Audiencia para desaconsejar la custodia compartida no constituyen un fundamento suficiente para

y custodia compartida “que es deseable porque fomenta la integración del menor con ambos progenitores, sin desequilibrios, evita el sentimiento de pérdida, no cuestiona la idoneidad de los padres, y estima la cooperación de los mismos en beneficio del menor”. La sentencia indica que para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en este caso (ambos son profesores universitarios).⁷¹

Como esta última sentencia hay varias, ya que el Tribunal Supremo establece que la discrepancia de los padres sobre la custodia compartida no impide que se acuerde si beneficia a los menores.⁷²

Como podemos observar en estas dos sentencias analizadas, en cada una se dictamina una cosa y estas son solo alguna de ellas. Por lo que una vez más, nos damos cuenta que hay que analizar caso por caso, no siendo aconsejable los automatismos.

Ahora bien, se debería de tener en cuenta no solo el hecho de la mala o la buena relación de los padres, porque como he mostrado anteriormente, en ciertas situaciones habiendo mala relación entre ambos sea acordado la custodia compartida. Desde mi punto de vista, habrá que tener en cuenta dos factores muy importantes como son: la edad del menor, y importantísimo, si tiene o no el menor discapacidad, ya que si la tuviera, el entendimiento que tienen que tener los padres sobre él es superior a la del resto de casos, por lo tanto, si los padres tuvieran una mala relación entre ellos no vería adecuado que se les aceptara la custodia compartida.

4.1.1 Exclusión de la custodia compartida

El código civil español, en su artículo 92.7⁷³, y los tribunales han excluido la posibilidad de atribuir la custodia compartida a uno de los progenitores cuando se den algunas de estas causas:

entender que la relación entre los padres sea de tal enfrentamiento que imposibilite un cauce de diálogo”.

⁷¹ www.noticias.juridicas.com “LA DOCTRINA DEL TS SOBRE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: SENTENCIA CLAVE”, 23 de Abril de 2016.

⁷² www.noticias.juridicas.com “EL TS ESTABLECE QUE LA DISCREPANCIA DE LOS PADRES SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA NO IMPIDE QUE SE ACUERDE SI BENEFICIA A LOS MENORES”, 16 de Septiembre de 2015.

- Cuando una de las partes este incurso en proceso por atentar contra la vida de su pareja o de sus hijos.
- Cuando una de las partes este incurso en proceso por atentar contra la integridad física o moral de su pareja o de sus hijos.
- Cuando una de las partes este incurso en proceso por atentar contra la libertad de su pareja o de sus hijos.

La condena por un delito de violencia de género, que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, imposibilita el ejercicio de la función parental adecuada al interés de los hijos, y por tanto, el ejercicio de la custodia compartida.

Así lo ha declarado la Audiencia Provincial de Cantabria en la sentencia 153/2016,⁷⁴ de 9 de marzo de 2016, por la que revoca la decisión del juzgado del Violencia sobre la Mujer numero 1 de Santander que había otorgado la custodia compartida de sus hijos a un hombre condenado por un delito de malos tratos.⁷⁵

Los hechos de violencia de género tienen una evidente repercusión sobre los hijos que viven en ese entorno, son también víctimas de esos hechos.

⁷³ El tenor literal del artículo 92.7 del Código Civil es “no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia domestica”.

⁷⁴ “El juez de instancia había decidido estimar la petición del padre de tener la custodia compartida de sus dos hijos, de 14 y 7 años de edad basándose en la apreciación de que no se trata de persona violenta, en el testimonio del hijo mayor de querer estar con su padre tanto tiempo como son su madre y en el informe favorable del equipo psicosocial, llevaron al magistrado a acordar la guarda compartida entre los progenitores. Sin embargo, la Audiencia ha estimado los recursos presentados por la madre de los menores y por el ministerio fiscal, que sostenían que no procedía la custodia compartida por haber sido condenado el progenitor por un delito de violencia de género. En consecuencia, procede atribuir la guarda y custodia sobre los hijos menores a la madre”.

⁷⁵ www.noticiasjuridicas.com “EL PADRE CONDENADO POR VIOLENCIA DE GENERO NO PUEDE EJERCER LA CUSTODIA COMPARTIDA DE SUS HIJOS”, 15 de Junio de 2016.

En el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de Julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exigen que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno “libre de violencia” y que “en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.⁷⁶

Por otro lado, el artículo 92.7CC no menciona ni las enfermedades mentales ni las adicciones que pueda tener alguno de los progenitores, pero los tribunales han establecido estas circunstancias como supuestos de exclusión de la custodia compartida. Ahora bien, cuando tratamos el tema de enfermedad mental hay que ver qué tipo es, porque en la Sentencia dictada por la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en fecha 28 de julio de 2015, fija la guarda y custodia compartida a pesar de que la madre sufre trastorno bipolar, grado I de cuyo padecimiento es perfectamente consciente, y del que se encuentra correctamente estabilizada hasta el punto de desarrollar una actividad laboral de considerable responsabilidad.⁷⁷

4.2. Principios generales inspiradores.

4.2.1 El interés superior del menor

Primeramente comenzare con el principal principio a tener en cuenta, denominado *favor filii* o *favor minoris*, es el más importante, prevaleciendo sobre el resto de principios.

Así, el interés superior del menor se ha configurado como un principio general del derecho, siendo, por tanto, fuente del ordenamiento jurídico español en conformidad con el artículo 1 de Código Civil⁷⁸.

Nuestro ordenamiento jurídico consagra este principio universal⁷⁹ en diversas disposiciones⁸⁰:

⁷⁶Artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁷⁷ Sentencia dictada por la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en fecha 28 de julio de 2015.

⁷⁸ Artículo 1 del Código Civil “Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

- Fue reconocido este principio, por primera vez, en la Convención de los Derechos del Niño de 1959, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/55 de 20 de Noviembre de 1989, en su artículo 3.1⁸¹ y consagrado, además como Principio numero 2 de la misma⁸². Este reconocimiento supuso el primer gran consenso internacional sobre los principios fundamentales de los derechos del niño.
- Dentro del ámbito internacional ha sido recogida en la Carta Europea de los Derechos de Niño de 21 de Septiembre de 1992, y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 24.2 (DOCE 18.12.2000)⁸³.

⁷⁹ Históricamente, la concepción del interés superior del menor ha evolucionado. El código civil de 1889 preveía, en casos de separación y nulidad del matrimonio, que la atribución de la custodia se llevara a cabo en función de la edad y el sexo de los hijos. Así, hijas e hijos menores de siete años siempre quedaban al cuidado de la madre. A partir de los siete años, entraba en juego la buena fe o inocencia de los cónyuges, según fuera nulidad o separación, respectivamente. De este modo, todos los hijos quedaban bajo la guarda del cónyuge de buena fe o inocente. Si ambos actuaron de buena fe o eran inocentes, los hijos quedaban al cargo del padre, y las hijas, de la madre (arts. 70 y 73 CC en su redacción original). La ley 30/1981, de 7 de julio, integro en nuestra legislación el criterio de otorgar la custodia al progenitor más idóneo, sin tener en cuenta la forma genérica la causa que había provocado la ruptura de la pareja: ALASCIO CARRASCO, “Juntos pero no revueltos: las custodia compartida en el nuevo art 92CC. La reforma del art 92CC por la Ley 15/2005, de 8 de Julio”, Indret, 3/2007 (enero 2007), pagina 10.

⁸⁰ PINTO ANDRADE, CRISTÓBAL. “La Custodia Compartida”, (2009), página 54.

⁸¹ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990. Artículo 3.1 “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

⁸² Declaración de los Derechos del Niño, 20 de Noviembre de 1959, Principio número 2 “El niño gozara de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otro medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño”.

⁸³ www.europarl.europa.eu CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNION EUROPEA, 18 de Diciembre de 2000, artículo 24.2 “En todos los actos relativos a los

- Por otro lado, ha sido introducido en la Constitución española de 1978 en sus artículos 39.3 y 39.4⁸⁴. También ha sido consagrado este principio en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁸⁵.

Como no podía ser de otra manera, el interés superior de los hijos menores debe ser el punto de referencia a partir del que giran las medidas a adoptar en relación con la custodia compartida, sea de mutuo acuerdo, sea a petición de uno de los progenitores. El interés del menor es un criterio que vincula al juez a la hora de resolver lo procedente en la atribución de cualquier tipo de la guarda (exclusiva o compartida) en cualquier clase de proceso (mutuo acuerdo o contencioso), con independencia además del tipo de filiación (matrimonial o extramatrimonial). Si observamos el tenor literal del art 92 CC, solo en sus apartados 4 y 8, alude al “beneficio del hijo”, aunque resulta obvio que esa misma ha de ser la regla de actuación en los apartados 5, 6 y 7.⁸⁶

Por otro parte, como principio general que es, el interés del menor, es un concepto jurídico indeterminado que debe ser concretado en cada situación. Ello supone que el concepto, además, es provisional e inicial, pues será conformado y determinado por el mismo menor, los progenitores o, en todo caso, por el juez y el ministerio fiscal, con la asistencia de

menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”.

⁸⁴ Constitución española, 1978, artículo 39.3 “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”. Y en su artículo 39.4 “Los niños gozaran de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

⁸⁵ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 2 “Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primara el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

⁸⁶ PINTO ANDRADE, CRISTÓBAL. “La Custodia Compartida”, (2009), páginas 54-55.

técnicos especialistas, de acuerdo con todas las circunstancias que rodean un determinado proceso⁸⁷.

Las opiniones acerca de lo que es el interés del menor en la guarda y custodia han sido variadas. No obstante, la mayoría de las opiniones coinciden en identificarlo con su bienestar físico y emocional. En este sentido, y a falta de determinación del concepto por la doctrina española, los autores anglosajones se remiten al significado de *welfare* (bienestar) ofrecido por la jurisprudencia. Así, se entiende que *welfare* es un término que incluye el bienestar tanto en el sentido de una adecuación de recursos para proporcionar un hogar agradable y un cómodo nivel de vida, como en el sentido de un cuidado adecuado para asegurar el mantenimiento de la confianza en sí mismo y el debido orgullo personal. Aunque debe tenerse en cuenta lo material, es cuestión secundaria, son más importantes la seguridad, el cuidado y la comprensión, que son esenciales para el propio carácter y personalidad del menor.

De acuerdo con lo expuesto, en el ámbito de la guarda el interés del menor reside en su bienestar físico y emocional, considerado como el principal factor para preservar el derecho fundamental al adecuado desarrollo de la personalidad del niño. Este ha de ser, por tanto, el criterio para asignar la guarda y custodia del menor. En el ámbito de un procedimiento judicial, será el juez quien concretará e irá conformando el contenido de este principio general de forma progresiva durante el desarrollo de la litis, mediante los testimonios que los progenitores presentan, la audiencia de los menores y de especialistas, y con ayuda de razonamientos lógicos de sentido común conocimiento y experiencia.⁸⁸

Como matiz a este primer principio analizado, me parece que los niños no deberían de tener que sufrir las consecuencias de las decisiones de sus padres pero desgraciadamente son los que más perjudicados salen, por este motivo tiene que primar por encima de todo este principio. Para mí este principio tiene una noción muy abstracta pero lo que está claro es que se tiene que velar por todo aquello que necesitan los menores para estar bien, a gusto y felices en su día a día, ya que eso es lo más importante y mirar fija y exclusivamente por ellos y no por lo que prefieran o crean sus padres que es mejor porque en ocasiones pueden equivocarse.

⁸⁷ CLAVIJO SUNTURA, “El interés del menor como concepto jurídico indeterminado y las técnicas de su determinación en situaciones de crisis familiares”. (Artículo doctrinal disponible en www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=306#_ftn1).

⁸⁸ PINTO ANDRADE, CRISTÓBAL. “La Custodia Compartida”, (2009), páginas 56-57.

4.2.2 Principio de unidad familiar

Otro principio a tener en cuenta para atribuir la custodia compartida es el denominado principio de unidad familiar.

Este principio consiste en evitar la separación de los hermanos, consecuencia directa de la aplicación del favor filii.⁸⁹

El apartado quinto del art 92 del CC, modificado por la Ley 15/2005, vuelve a referirse a la guarda para establecer que “... El juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptara las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”.⁹⁰

Se trata, como se desprende de su tenor literal, de una recomendación legal, no de una obligación impuesta a las partes y al juez. Estimamos que este principio puede ceder ante ciertos casos de extraordinaria excepción, siempre que el interés superior del menor lo aconseje, por lo que el artículo 92.5 del CC es una norma de carácter permisivo y no imperativo y, por lo tanto, debe utilizarse de manera racional y no genérica o automática.⁹¹

4.2.3 Principio de corresponsabilidad parental

En la regulación de la Reforma 2005 late la idea de fomentar la corresponsabilidad parental tras la crisis convivencial de la pareja, pero en todo caso se trata de un principio subordinado y que debe ceder ante el interés del menor.⁹²

A grandes rasgos, podemos decir que el principio de corresponsabilidad parental consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos. En aplicación de este principio de corresponsabilidad, diversas legislaciones prevén la presentación de un Plan de Coparentalidad o Plan de Responsabilidad Parental diseñado de mutuo acuerdo por ambos padres para el ejercicio de los derechos-funciones

⁸⁹ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA “Custodia Compartida de los Hijos”, (2008), página 176

⁹⁰ Artículo 92.5 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último.

⁹¹ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA “Custodia Compartida de los Hijos”, (2008), páginas 176-180

⁹² PINTO ANDRADE, CRISTÓBAL. “La Custodia Compartida”, (2009), página 57.

que comprende la autoridad parental. Se trata de determinar, de manera detallada, las responsabilidades de cada progenitor en lo que respecta al cuidado, residencia, vivienda, alimentos y demás aspectos de relevancia relativos al hijo que se estime necesario regular, como los aspectos sanitarios, educativos o sociales de los hijos. Cabe señalar, que la mediación resulta particularmente importante en estos aspectos, no solo como mecanismo previsto para la resolución de posibles conflictos posteriores, sino durante la adopción del acuerdo de coparentalidad propiamente dicho, y sobre todo, en aquellos casos que presenten cierto grado de disputa entre las partes.⁹³

Este principio, tiene una gran relación con el principio de igualdad entre los progenitores, que menciono a continuación.

4.2.4 Principio de igualdad entre los progenitores

A la igualdad jurídica entre hombre y mujer se refiere la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, al establecer que esta reforma legislativa también ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores e incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continua, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad. A mayor abundamiento, en cuanto a la igualdad de roles que ambos progenitores deben desempeñar en el ejercicio de la corresponsabilidad parental, el Ministerio de Justicia señaló, al promulgarse dicha ley, que se trataba de desterrar la concepción que tradicionalmente le es asignada a la mujer sobre el cuidado familiar.⁹⁴

Por lo que la custodia compartida viene a ser la necesidad de que ambos padres se impliquen en las tareas del cuidado parental.

Creemos que el legislador de 2005 ha intentado poner límites a la desigualdad en el seno familiar a través de la modificación del art 68 del CC, ubicado en el Capítulo IV, relativo a los derechos y deberes de los cónyuges, del Título II del Libro I del CC, agregando a los tradicionales deberes de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente, los de “compartir las responsabilidades domesticas y el cuidado y atención de ascendientes y

⁹³ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA “Custodia Compartida de los Hijos”, (2008), páginas 348 a 367

⁹⁴ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA “Custodia Compartida de los Hijos”, (2008), pagina 372.

descendientes y otras personas dependientes a su cargo”⁹⁵. Se ha intentado concretar el principio de corresponsabilidad parental reforzando la vigencia del principio de igualdad jurídica, para que el hombre y mujer, padre y madre, puedan reconstruir sus relaciones de familia en paridad de condiciones.⁹⁶

4.2.5 Principio de coparentalidad

El reconocimiento del derecho del hijo a la coparentalidad consiste en garantizar la continuación de las relaciones afectivas del menor con ambos progenitores. En este sentido, es evidente la ventaja comparativa que la guarda conjunta presenta frente a la custodia unilateral, sin entrar a valorar la conveniencia o inconveniencia de esta figura jurídica en el caso concreto, nos parece que sus postulados se basan, a diferencia de la modalidad exclusiva, en la continuación de los lazos filiales afectivos tras la ruptura conyugal. En efecto, la gran mayoría de las críticas dirigidas a la custodia unilateral se basan en la defensa del derecho a la coparentalidad, que a diferencia con la custodia compartida, tiene por objeto preservar la cotidianeidad de dichas relaciones paterno-filiales de manera que se desarrollen contactos frecuentes con ambos padres.⁹⁷

La rama de la psicología ha analizado posibles anormalidades psíquicas que pueden llegar a sufrir miembros de la familia que se encuentran en situación de crisis. Uno de los desordenes más frecuentes que los jueces que conocen los casos de separación y divorcio han mencionado en sus sentencias, es el abuso emocional denominado “Síndrome de Alienación Parental”, S.A.P., que tiene lugar en los litigios relacionados con el derecho de custodia, y que se manifiesta en especial, a través de la obstrucción del contacto regular entre el hijo y progenitor no conviviente. Es un trastorno, por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos mediante distintas estrategias, con el objeto de impedir o destruir sus vínculos con el otro padre o madre.⁹⁸

⁹⁵ IBÍDEM, página 376

⁹⁶ Sin embargo, esta modificación ha sido criticada por RODRIGUEZ CHACON, R (Matrimonio..., págs. 74-75), quien considera que estos nuevos extremos serán, al igual que los demás deberes contenidos en los artículos 67 y 68 del CC, inefectivos e inexigibles jurídicamente.

⁹⁷ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA “Custodia Compartida de los Hijos”, (2008), pagina 381 a 383

⁹⁸ AGUILAR CUENCA, J., “El uso de los hijos en los procesos de separación: el síndrome de alienación parental” RDF, núm. 29, octubre-diciembre, 2005, pág 72. Para un análisis más detallado, vid. del mismo autor, S.A.P., síndrome de alienación parental, Córdoba, Almuzara, 2004; y

Para poner algún ejemplo práctico, la SAP de Asturias de 29 de septiembre de 2005, concedió la guarda y custodia de los hijos al padre habiéndose acreditado, mediante informe psicosocial, que los hijos sufrían el síndrome de alienación parental inducido por la madre guardadora⁹⁹.

En efecto, la custodia compartida se ampara legalmente en el respeto del derecho del hijo a preservar su relación con ambos progenitores, de conformidad con el art 9.3 de la Convención sobre los Derechos de Niño de 1989 que dice: “Los Estados Parte respetaran el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambas partes de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”. Este último inciso, “interés superior del menor”, es importante y se debe tener en cuenta como límite.¹⁰⁰

El derecho de coparentalidad está garantizado esencialmente en los artículos 90¹⁰¹, 94 y 160 del CC. En sede de separación y divorcio, el párrafo primero del art. 94 del CC establece que “el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”, agregando que “el

SÁNCHEZ IGLESIAS, I., “Infancia y adolescencia ante la separación de los padres: efecto mediador de los Puntos de Encuentro Familiares”, Revista de Estudios de Juventud, junio, 2006, págs.. 97-101.

⁹⁹ LA LEY 188077/2005. Asimismo, un importante revuelo mediático provocó la sentencia de 21 de junio de 2007 dictada por una jueza de Manresa (Barcelona), que retiró a una mujer la guarda y custodia de su hija de ocho años por incumplir de forma constante el régimen de visitas concedido al padre, haciendo expresa mención al síndrome de alienación parental [http://www.elpais.com/articulo/sociedad/madre/pierde/custodia/hija/crearle/fobia/padre/elpepusoc/20070621elpepusoc_7/Tes].

¹⁰⁰ PINTO ANDRADE, CRISTÓBAL. “La Custodia Compartida”, (2009), página 59.

¹⁰¹ El art. 90 del CC determina el contenido del convenio regulador. Su letra A) establece que este instrumento debe referirse al “régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos”. La actual redacción tiene su origen en la enmienda núm. 63 presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Catalán (BOCG Congreso. VII Legislatura. Serie A. 15 de Marzo de 2005, núm. 16-8, pág. 63), que vino a subsanar la omisión del texto del Proyecto que excluía sin razón alguna lo relativo al ejercicio de la patria potestad y régimen de visitas. Por su parte, el párrafo primero del art. 160 del CC establece que: “los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial”.

juez determinara el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por resolución judicial”¹⁰².

¹⁰² Artículo 94 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último.

CAPÍTULO V.

LA MEDIACIÓN COMO ALTERNATIVA A LA VIA JUDICIAL EN LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

5. LA MEDIACIÓN COMO ALTERNATIVA A LA VIA JUDICIAL EN LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

5.1. Concepción de la mediación

Es necesario que el juez conozca otros métodos de tratamiento de la cuestión litigiosa que puedan resultar más favorables a los verdaderos intereses de las partes.

Desde esta perspectiva, la mediación, basada en el dialogo de los propios interesados encauzado y dirigido por un profesional para hallar la solución adecuada para cada uno en el caso concreto, es un método muy eficaz para lograr otorgar la mejor tutela judicial posible.

Por ello, entendemos que cuando el juez deriva a mediación está dando cumplimiento al derecho reconocido en el art. 24 CE¹⁰³. La Carta Magna de los Jueces Europeos, aprobada por el Consejo Consultivo del Consejo de Europa, en su artículo 15 dice: “El juez debe actuar para asegurar la consecución de una solución rápida, eficaz y a un coste razonable de los litigios; debe contribuir a la promoción de métodos alternativos de resolución de conflictos”.

La Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles regula la mediación como un instrumento ofrecido a los sujetos privados para la resolución de sus conflictos. En su primer artículo podemos ver que “Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”¹⁰⁴.

Sin embargo, desde la perspectiva de la Unión Europea, que nosotros compartimos, la mediación es mucho más que eso, es un método que permite realizar el valor justicia en cada caso concreto y al introducir en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil

¹⁰³ Constitución Española de 1978 en su artículo 24.1: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

¹⁰⁴ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

menciones a la mediación y las consecuencias jurídico-procesales que produce, resulta inexcusable su conocimiento por los Jueces.

Respecto al objetivo de la mediación, no es sólo la obtención de acuerdos, sino que se trata de crear un clima de diálogo donde se deshagan los malos entendidos, se validen todas las posturas y mejore la comunicación. Cuando existan menores de por medio, es un factor clave para inclinarse por esta vía. Los hijos menores son los grandes beneficiarios por el cambio de actitud de los progenitores que pasan de la confrontación a la colaboración, lo cual como es lógico, beneficia no sólo la relación entre las partes facilitando el aprendizaje a la hora de afrontar futuros problemas, sino también a su entorno más allegado, y en especial a esos hijos que son los que más sufren en el proceso de ruptura.¹⁰⁵

5.2. Principios básicos de la mediación

La mediación es un proceso estructurado, pero flexible, que se realiza a lo largo de varias sesiones donde las personas, con ayuda del mediador/a, pueden dialogar y entenderse y si quieren, llegar a acuerdos.¹⁰⁶

Ahora bien, la mediación necesita unos principios básicos los cuales constituyen la esencia de la mediación. La importancia de los mismos es, pues, crucial, ya que se trata de los elementos que determinan el modo en que se configura la institución mediadora. En efecto, los principios son el eje en torno al cual gira la mediación.¹⁰⁷

El anteproyecto de ley de mediación de asuntos civiles y mercantiles se refiere a los “Principios informadores de procedimiento de mediación” que dan título al Capítulo II.

¹⁰⁵ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>, 7 de noviembre de 2016.

¹⁰⁶ CONSEJERÍA DE FAMILIA Y ASUNTOS SOCIALES, Proyecto realizado por el Instituto Complutense de mediación y gestión de conflictos de la UCM, por encargo de la Dirección General de Familia de la Comunidad de Madrid, “La familia dialoga y llega a acuerdos: la mediación familiar”, Noviembre 2010, <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41339/lafamiliadialogayllegaacuerdos.pdf>

¹⁰⁷ GARCÍA VILLALUENGA, LETICIA. Directora del Instituto Complutense de mediación y gestión de conflictos (IMEDIA). “La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”.

Así podemos citar: la voluntariedad, la imparcialidad, la neutralidad y la confidencialidad, que vienen recogidos en sus artículos 6 al 9¹⁰⁸.

Vamos a pasar a analizar, uno a uno:

- Voluntariedad: En primer lugar, se trata de un proceso voluntario, tanto en la decisión de inicio como en su desarrollo y en su finalización, pudiendo ser desistido por las partes implicadas en cualquier momento. Ahora bien, ese consentimiento debe de estar suficientemente informado, correspondiendo al mediador dar esa información previa al consentimiento en la primera sesión informativa; en ella se explicara a las partes en conflicto y a sus letrados, la finalidad y contenido del proceso de mediación. Tras la información que el mediador proporciona, las partes son libres de aceptar o rechazar el proceso de mediación como método para la gestión, transformación y solución de su conflicto.

El mediador debe indicar al órgano judicial derivador qué parte o partes no asistieron a la sesión informativa, ya que la falta de asistencia a la sesión informativa indicada desde el Tribunal se podría considerar como una conducta contraria a la buena fe procesal, ya que supone rechazar infundadamente una oportunidad ofrecida por el Tribunal desde una perspectiva de mejor solución. Por lo que esa

¹⁰⁸ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Artículo 6 “1. La mediación es voluntaria. 2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste. 3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo”. Artículo 7 “En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas”. Artículo 8 “Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14”. Artículo 9 “1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento”.

voluntariedad no está reñida con la posible obligatoriedad de la asistencia a la sesión informativa.¹⁰⁹

- Confidencialidad: El principio de confidencialidad es uno de los principios fundamentales de la mediación. La información obtenida en la mediación no se podrá utilizar con fines ajenos al proceso, por lo que se garantizará la confidencialidad del contenido de las sesiones de mediación y de la documentación utilizada, no pudiendo ser reclamada la información obtenida por el mediador a lo largo del proceso, al que asiste el secreto profesional. El mediador no será perito ni testigo de los hechos relativos al proceso de mediación en el que hubiera mediado, comprometiéndose tanto las partes como el mediador a respetar la confidencialidad al firmar el acta de la sesión constitutiva de Mediación.

La finalidad no es otra que generar la confianza necesaria para favorecer que las partes expresen sus intereses y necesidades y, de ese modo, que busquen ellas mismas la solución más razonada-¹¹⁰ Como señalo acertadamente PASCUAL ORTUÑO “ninguna parte expondría todas sus cartas ante el adversario si tuviera el temor de que posteriormente van a ser utilizadas en su contra”¹¹¹. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en el ordenamiento jurídico. La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo¹¹², de 21 de Mayo de

¹⁰⁹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>, 7 de noviembre de 2016.

¹¹⁰ VIOLA MESTRE, ISABEL. “La confidencialidad en el proceso de mediación”, 2009, *Workshop Internacional sobre ADR/ODRs. Construyendo puentes: marco jurídico y principios*. Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Internet Interdisciplinary Institute (IN3), 15 de septiembre de 2009. <http://www.uoc.edu/symposia/adr/>

¹¹¹ Véase su artículo “El proyecto de Directiva Europea sobre la mediación”, apartado VI, letra d), citado.

¹¹² Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, su artículo 7 dice: 1. Dado que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participen en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, excepto: a) cuando sea necesario por

2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, regula expresamente el principio de confidencialidad, siendo el único principio que la directiva recoge en su articulado.

El órgano judicial estará al margen del desarrollo de la mediación, teniendo únicamente comunicación del inicio y de la finalización del proceso de mediación y, en su caso, del acuerdo al que las partes hayan llegado, así como de qué parte o partes no asistieron de forma injustificada a la sesión informativa previa.¹¹³

- Imparcialidad y neutralidad: El mediador no podrá tener intereses respecto de alguna de las partes ni tampoco respecto del objeto del conflicto. El mediador no toma decisiones sobre la controversia, su papel es el de catalizador del diálogo sereno que permita aflorar opciones múltiples para solucionar el conflicto y dirige el proceso, pero siendo neutral y procurando el equilibrio de las partes durante el procedimiento.

Las personas que pasan por procesos de mediación aprenden a comunicarse con respeto y a intentar comprender como se encuentra el otro. Es muy útil cuando se trata de parejas con hijos menores que, a lo largo de su vida, van a tener que decidir sobre cuestiones que surgen conforme van creciendo. Uno de los principios básicos de la mediación es proteger el interés de los menores, acorde a la amplia protección que les reconoce el ordenamiento jurídico.¹¹⁴

Otros principios básicos de la mediación, aunque no vengán recogidos en el anteproyecto de ley de mediación de asuntos civiles y mercantiles, son:

razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo.

¹¹³ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>, 7 de noviembre de 2016.

¹¹⁴ CONSEJERIA DE FAMILIA Y ASUNTOS SOCIALES, Proyecto realizado por el Instituto Complutense de mediación y gestión de conflictos de la UCM, por encargo de la Dirección General de Familia de la Comunidad de Madrid, “La familia dialoga y llega a acuerdos: la mediación familiar”, Noviembre 2010, <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41339/lafamiliadialogayllegaacuerdos.pdf>

- Bilateralidad y buena fe: El principio de bilateralidad supone que ambas partes disponen de las mismas oportunidades para expresarse, sin más limitaciones que la establecida por el mediador/a para el buen desarrollo de las sesiones.

En el proceso de mediación, garantizada la confidencialidad y no pretendiéndose ganar a la otra parte, sino satisfacer el propio interés, las partes deben actuar conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo, durante el planteamiento y la negociación para enfocarse correctamente a la consecución del acuerdo, prestando la debida colaboración y el apoyo necesario el mediador.

- Flexibilidad: El proceso de mediación debe ser flexible para poder adaptarse a las circunstancias concretas del caso y de los sujetos, no siendo adecuado fijar una duración igual para todas las mediaciones.

- Profesionalidad: La mediación es un proceso de diálogo asistido y gestionado por un profesional que le proporciona la preparación técnica adecuada para reconducir las posturas procesales cerradas de las partes hacia los intereses de cada uno y, desde ahí, establecer el marco para que la negociación se encarrile hacia el acuerdo satisfactorio.

La profesionalidad del mediador resultará de haber alcanzado la formación exigida legalmente, de acumular experiencia y de mantenerse en constante reciclaje.

- Garantías legales: El proceso que supone la autogestión del conflicto por los interesados no constituye ninguna limitación a la asistencia letrada que en todo caso queda garantizada, sin que exista menoscabo de la función de asesoramiento y dirección jurídica de los abogados de cada parte.

A todo lo anterior se añade el deber del mediador de velar en todo caso por el cumplimiento de estos principios. Por ello el mediador que interviene en las sesiones podrá dar por finalizada la mediación cuando estime que no resulta adecuado este sistema para el caso en cuestión. Debemos recordar que debido a las especialidades del derecho de familia debe tener siempre presente el principio del interés superior del niño, niña y adolescente en cuya virtud las partes y el mediador deberán procurar por encima de todo el bienestar de

los niños y niñas, y tomar en cuenta de manera prioritaria sus necesidades en el momento de llegar a acuerdos.¹¹⁵

5.3. Proceso para llevar a cabo la mediación

5.3.1 Selección de casos

La selección de casos que van a derivar a mediación la realizara el órgano judicial, quien a través de la oportuna resolución invitara a las partes y a sus abogados a que acudan a una sesión informativa, dependiendo del momento, resultara competente para ello el Juez o el Letrado de la Administración de Justicia. La valoración de si el caso es o no mediable le corresponde finalmente al mediador.

Es necesario seleccionar los casos que se citan a la sesión informativa, quedando fuera los supuestos en los que haya violencia de género, recogido en la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de violencia de género en su art. 44.5, prohibiendo la mediación en estos supuestos. También quedarían fuera los supuestos en los que existan problemas mentales o abuso de sustancias, es necesario que sean graves y que tenga constancia documental. Es posible que, aun concurriendo estas situaciones, si tiene carácter leve, el sujeto conserve su capacidad de compromiso por lo que sería factible la mediación. En caso de duda, se aconseja citar a la sesión informativa y que sea el mediador el que decide finalmente si el caso es o no mediable.

Para evaluar cada caso concreto se realizara un test¹¹⁶, llevado a cabo por los mediadores¹¹⁷, con una serie de preguntas que pueden servir también de guía para cuestionar a las partes sobre su predisposición hacia la mediación. Una mayoría de respuestas afirmativas indica

¹¹⁵ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/> 7 de noviembre de 2016.

¹¹⁶ ANEXO IV; CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”, 7 de noviembre de 2016. (EVALUACION DE CADA CASO)

¹¹⁷ Personas físicas que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, con la formación específica, para ejercer la mediación y dados de alta en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación.

que la medicación puede resultar un procedimiento más apropiado para el caso que el proceso judicial.¹¹⁸

5.3.2 *La sesión informativa*

Respecto a la forma en la que ha de realizarse la derivación a la sesión informativa será proveída por el juzgado mediante una resolución motivada, en la que se acuerda la derivación del caso a la Institución de mediación o al mediador que acuerden las partes. En esa resolución se explicara en qué consiste la mediación y en caso de que las partes no deseen asistir deberán explicar los motivos de su decisión en conformidad con lo expuesto en el artículo 414.1 de la LEC¹¹⁹.

Para que pueda llevarse a cabo la sesión informativa, el juzgado rellenara una ficha de derivación¹²⁰ en la que se contienen datos como:

- Órgano judicial que deriva.
- Tipo de proceso y número.
- Cuestiones sobre las que versa el litigio.
- Momento procesal en el que está la causa y, en su caso, fecha del siguiente señalamiento o acto.
- Datos personales y de contacto de los litigantes.
- Datos de abogados y/o procuradores.

Esta ficha se remitirá a la persona o institución mediadora, recibirá la ficha e informara al juzgado sobre si han acudido ambas partes o solo una de ellas, indicando que parte ha sido la que ha acudido y cual no. Si acudieran las dos informara también si han decidido acudir a

¹¹⁸ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>, 7 de noviembre de 2016.

¹¹⁹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, artículo 414.1: “... se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma”.

¹²⁰ ANEXO V; CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”, 7 de noviembre de 2016. (FICHA DE DERIVACION).

la mediación o no lo desean. Si las partes no desean acudir a la mediación continuará el juicio.¹²¹

5.3.3 Aceptación de la mediación

Una vez realizada la sesión informativa, si las partes desean iniciar la mediación sus representante procesales presentarán escrito haciéndolo constar y manifestando si desean la suspensión del juicio o su continuación. El art. 16.3 de la Ley de Mediación regula este supuesto de forma que no es obligatorio solicitar la suspensión del procedimiento.

Si solicitaran las partes la suspensión del proceso¹²² se acordara por el plazo previsto en el art. 19.4 de la LEC: “... las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Secretario judicial mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días”. Puede ser que la mediación continúe una vez finalizado el plazo de suspensión contenido en el artículo, en este caso los letrados podrán solicitar una nueva suspensión del proceso.¹²³

5.3.4 Resultado de la mediación

Finalizada la mediación ya sea por decisión de las partes, del mediador o por haber alcanzado los acuerdos, el servicio de mediación comunicara al juzgado, entregando a las partes el acuerdo total o parcial alcanzado y remitiendo al juzgado una ficha, respetando, eso sí, el principio de confidencialidad.

Si el acuerdo ha sido parcial deberán las partes ponerlo de manifiesto al juzgado, reanudándose el proceso contencioso respecto a las cuestiones no consensuadas. La resolución final que se dicte recogerá el acuerdo alcanzado sobre las medidas que hayan sido consensuadas con el mediador, de no considerarse prejudiciales para los hijos, y resolverá las cuestiones sobre las que exista discrepancia.

¹²¹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>, 7 de noviembre de 2016.

¹²² ANEXO VI; CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”, 7 de noviembre de 2016. (SOLICITUD DE LAS PARTES DE SUSPENSIÓN DEL PROCESO)

¹²³ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>, 7 de noviembre del 2016.

Si el acuerdo ha sido total deberán las partes presentar el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar.¹²⁴

5.4. Control de la mediación

Es necesario un sistema de evaluación y control en la implantación de la mediación en los órganos judiciales civiles y mercantiles.

5.4.1 Control interno

Para un control de los procesos derivados a mediación en cada uno de ellos es conveniente la cumplimentación de un registro propio en la que se debe anotar los siguientes datos:

- Número de proceso.
- Materia objeto de la controversia.
- Fecha de la derivación de mediación.
- Fecha de inicio de la mediación.
- Fecha de finalización de la mediación.
- Resultado de la mediación

5.4.2 Control por el Consejo General del Poder Judicial

Las entidades mediadoras encargadas de realizar los servicios de mediación deberán remitir semestralmente al CGPJ las fichas, los datos de los resultados de las mediaciones debidamente cumplimentadas para control y efectos estadísticos.

En esas fichas estadísticas que se realizan semestralmente se expone:

- En primer lugar, el movimiento de expedientes de mediación familiar realizados en el semestre.
- En segundo lugar, los expedientes derivados por el juzgado y cerrados sin que se llegara a realizar la sesión informativa, pudiendo ser sus causas: la incomparecencia de las partes, la no localización de las partes, porque las partes no lo desea, u otras causas.

¹²⁴ IBÍDEM.

- En tercer lugar, los expedientes que celebraron la sesión informativa, pero no llegaron a mediación.
- Y por último, los expedientes en que se realizó mediación, anotando si hubo acuerdo total o parcial, o si no hubo acuerdo.

5.4.3 Encuestas de satisfacción

Los equipos de mediación, en todos los supuestos, deberán realizar encuestas de satisfacción de los usuarios del servicio de mediación a fin de valorar su funcionamiento y poder mejorarlo. Deben ser anónimas y confidenciales, serán valoradas de manera periódica por comisiones de seguimiento. Su principal objetivo es utilizarlo para poder realizar análisis estadísticos.¹²⁵

5.5. Ventajas de la mediación

En el cuadro que podemos ver a continuación, se resumen las ventajas de las soluciones consensuales alcanzadas a través de la mediación frente a los efectos que generalmente provoca el proceso contencioso en el grupo familiar.¹²⁶

MEDIACIÓN	TRIBUNALES
Control proceso y resultado por las partes.	Control proceso y resultado por el Juez.
Colaborativo.	Adversarial.
Ganar-Ganar.	Ganar-Perder.
Protagonismo de las partes en la solución.	Decisión del Juez.
Más compromiso con el resultado.	Poco compromiso de las partes con el resultado.
Posibilidad de reanudar el diálogo entre las	Rompe todas las posibilidades de diálogo

¹²⁵ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>, 7 de noviembre de 2016.

¹²⁶ IBÍDEM.

partes.	futuro entre las partes.
Permite soluciones creativas.	Soluciones más limitadas.
Rápido.	Larga duración.
Menor coste económico y emocional.	Mayor coste económico y afectivo.
Genera empatía.	Genera hostilidad.
Facilita y conserva la relación.	Crea distancia, costes emocionales.
Probabilidad alta de cumplimiento.	Más dificultad para cumplimiento.
Previene de conflictos futuros.	Reitera conflictos.

CAPÍTULO VI

EJERCICIO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

6. EJERCICIO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

6.1. Atribución de la vivienda familiar.

La Ley 15/2005, de 8 de julio modificó el art. 92 CC para introducir la custodia compartida, pero no reformó, además, los preceptos que regulan la pensión de alimentos y el uso de la vivienda familiar con el fin de adaptarlos al supuesto en que la custodia de los menores se asigne de forma alterna a ambos progenitores.

Con relación al uso de vivienda familiar, existiendo hijos menores, su atribución a alguno de los cónyuges sigue estando ligada a la guarda y custodia. “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando alguno de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente” (art. 96, párrafo primero y segundo CC).

Tradicionalmente, la asignación del uso de la vivienda familiar a falta de pacto se ha efectuado a favor de los hijos y el cónyuge que los tiene bajo su guarda, cuando el sistema es de custodia exclusiva¹²⁷.

Ahora bien, en la custodia compartida los padres se alternan los períodos de estancia con los menores, por lo que, salvo en el supuesto en que el menor permanezca en la vivienda familiar y sean los padres quienes tengan que desplazarse a la misma, no se podría aplicar el párrafo primero del art. 96 CC, puesto que los hijos quedan en la compañía con ambos durante el tiempo que a cada uno de ellos les corresponda.¹²⁸

Por tanto, si los progenitores no llegan a un acuerdo sobre este extremo, será necesario determinar el criterio que permita resolver la atribución del uso de la vivienda familiar. Ante esta laguna legal la doctrina jurisprudencial emanada del TS ha tenido que precisar dicho criterio de atribución¹²⁹.

¹²⁷ GETE-ALONSO Y GALERA, MARIA DEL CARMEN Y SOLÉ RESINA, JUDITH.

“Custodia compartida, derecho de los hijos y de los padres”, (2015), página 129.

¹²⁸ PEREZ CONESA, CARMEN., “La Custodia Compartida”, 2016, página: 80-82

¹²⁹ Los Juristas de Familia proponían que se permitiera al Juez, en los casos de custodia compartida, resolver lo procedente, como establece el art. 96.2 CC. (Conclusiones del II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia con representantes de la Asociación de Abogados

La STC de 6 de abril de 2016 parte de los siguientes hechos: la vivienda familiar había permanecido deshabitada por la madre y su hija, que han pasado a residir habitualmente en otra vivienda; que a raíz de la ruptura matrimonial del matrimonio el padre reside en otra vivienda; que ambos progenitores disponen de vivienda para atender las necesidades de la hija durante los periodos de efectiva guarda y custodia de la menor.

No existen una regulación específica para adaptarla a la custodia compartida, como así han hecho otras legislaciones autonómicas (Cataluña, Aragón, Valencia y recientemente el País Vasco). Ante el vacío legal, no encontrándose los hijos en compañía de uno de los progenitores sino de los dos, se pronuncia el TS en esta sentencia en relación con la vivienda familiar afirmando que la Sala: “... ha entendido que debe aplicarse analógicamente el art 96.2 CC, que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la custodia del otro, remitiendo al Juez resolver lo procedente” ... Ahora bien, existe un interés sin duda más prevalente que es el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades, que, conforme la regla dispuesta en el art. 96 CC, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Teniendo en cuenta tales factores, “esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos. Por lo que de acuerdo con el art 96.2 CC, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales”.

Las circunstancias concretas tenidas en cuenta en esta sentencia son la paridad económica de los progenitores, el interés de la menor a una vivienda adecuada a sus necesidades y el carácter ganancial de la vivienda familiar, pues transcurrido un año se supedita a la liquidación de la sociedad de gananciales.

Ahora bien nos podemos encontrar el caso de que se de la custodia compartida y la vivienda familiar es privativa de uno de los cónyuges, la atribución de su uso al otro cónyuge debe estar sometido al principio de proporcionalidad, dado que el artículo 96.3 del

de Familia de España, Fiscales especializados en Derecho de Familia y Secretarios Judiciales de los Juzgados de Familia celebrada en Madrid en noviembre de 2005).

CC¹³⁰, exige que ese plazo sea prudencial.¹³¹ Así lo ha establecido la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en la Sentencia de fecha 21 de julio de 2016. “La sentencia de instancia atribuyó a ambos padres la custodia compartida de su hija menor y el uso y disfrute de la vivienda familiar (propiedad privada del hombre) a la esposa, hasta la liquidación del régimen económico matrimonial”. Sin embargo, la Audiencia Provincial extendió la asignación del uso de dicha vivienda “hasta la fecha en que la hija alcance la mayoría de edad”. Para ellos se tuvo “la mala situación económica de la madre”, mientras que el esposo reside en una casa arrendada y obtiene buenos ingresos.

Interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia, el hombre alega que la atribución de la vivienda debe estar presidida por las notas de temporalidad y provisionalidad. Alega igualmente que la ley vasca 7/2015, de 30 de junio, establece para el uso de la vivienda privativa de uno de los cónyuges, la posibilidad de atribución al no propietario, pero de forma temporal y por un plazo máximo de dos años, revisable, mientras que la medida establecida por la sentencia recurrida le priva del uso de la vivienda por casi 10 años. Estimado el recurso por el TS, declara que la vivienda “queda asignada a la menor y a su madre durante el periodo de dos años computables desde la fecha de la presente sentencia de casación, plazo que prudencialmente se establece a tenor de lo dispuesto en el art 96.3CC, aplicado analógicamente”.

6.1.1 Empadronamiento en los supuestos de custodia compartida

Los hijos menores han de ser empadronados en un solo domicilio, también en los supuestos de custodia compartida. El domicilio preferente será el de aquel de los progenitores con el que, en cómputo anual, el menor pase la mayor parte del tiempo. En los supuestos en los que los periodos de convivencia estén equilibrados hasta el punto de que no pueda determinarse con cuál de los padres pasa el menor en cómputo anual la mayor parte del tiempo, deberán ser en principio los propios progenitores quienes de

¹³⁰ “... podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”.

¹³¹ www.noticiasjuridicas.com "Custodia compartida: el tiempo por el que se atribuye a un cónyuge el uso de la vivienda propiedad del otro, debe someterse al principio de proporcionalidad", 25/08/2016

mutuo acuerdo, elijan de entre los dos domicilios en los que el menor vive, aquel en el que ha de ser empadronado el menor¹³².

6.2. Pensión de alimentos.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, como ya bien he dicho antes, no reformó los preceptos que regulan la pensión de alimentos en los casos de custodia compartida.

Hasta ahora, el TS venía refiriéndose a la pensión de alimentos, en supuestos de guarda y custodia compartida, estableciendo que cada progenitor los satisfará el tiempo que esté con ellos, al tratarse de supuestos en los que no había desproporción en los ingresos: Por ejemplo: Sentencia 96/2015, de 16 de febrero 2015 «Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%, dada la igualdad de profesión y retribución».

Ha sido en la sentencia 55/2016, de 11 de febrero de 2016 en la que el TS ha declarado expresamente que la guarda y custodia compartida no exime del pago de la pensión de alimentos si existe desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges. En esta Sentencia, el TS no acepta la petición del padre de que, al adoptarse el sistema de custodia compartida, ya no es necesario el pago de alimentos, pues cada progenitor se debería hacer cargo de los mismos durante el periodo que tenga la custodia.¹³³

- Confirma que el padre debe pasar una pensión a su ex mujer para la manutención de sus dos hijas menores, ya que la progenitora no percibe ingreso alguno, señalando que «la custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno»,
- Y además rechaza que esa pensión pueda limitarse temporalmente «pues los menores no pueden quedar al aire de que la madre pueda o no encontrar trabajo», más allá de que posteriormente pueda haber modificaciones si existe variación sustancial de las circunstancias (art. 91 del Código Civil). Señala el Tribunal que esta

¹³² www.ilisastiguiaabogados.com , “Lo que necesita saber sobre la guarda y custodia” -18 de Abril de 2017.

¹³³ www.noticiasjuridicas.com “La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave”, 23/04/2016

limitación temporal «tiene sentido en una pensión compensatoria, como estímulo en la búsqueda de ocupación laboral, pero no tiene cabida en los alimentos a los hijos, al proscribirlo el art. 152 del C. Civil».

Por lo que este sistema de guarda compartida, no implica que no tenga que fijarse pensión de alimentos, se puede deducir de los siguientes preceptos; art 110 del CC “...están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”, art 154.1º “Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”, arts 92.1 y 93.1 CC “La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos” y “El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”.

Por último, en cuanto a la forma de pago de los alimentos, se ha propuesto que será práctico que se establezca una cuenta administrativa por ambos progenitores en la que se ingrese la contribución a los gastos periódicos del menor (colegio, actividades extraescolares) y a los gastos extraordinarios¹³⁴. Ahora bien, también se advierte que esto puede ser origen de conflictos sobre la necesidad del gasto decidido por cada uno¹³⁵.

¹³⁴ ESPARZA OLCINA, C., “La guarda compartida”, página. 210.

¹³⁵ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Artículo 92”, página. 951.

CONCLUSIONES

Una vez finalizado todos los capítulos componentes del trabajo, y habiendo alcanzado una visión general de la custodia compartida podemos exponer una serie de ideas que sirven de síntesis de todas los puntos analizados.

La custodia compartida es una modalidad de guarda y custodia, que surge como respuesta a la demanda social de adoptar un modelo de custodia que permita un desarrollo más normalizado de las relaciones paterno-filiales, haciendo posible que los menores disfruten de la compañía habitual de ambos progenitores. En nuestro ordenamiento jurídico se encuentra reconocida en la Ley 15/2005.

La custodia otorga los mismos derechos a los dos progenitores sobre el cuidado y atención de los hijos menores y promueve mayores condiciones de igualdad entre las partes.

Los tribunales, en reiteradas ocasiones, la han venido considerando como medida que mejor protege el interés superior del menor, puesto que le permite al menor seguir relacionándose con sus padres de forma estable. De esta forma, se considerara que no debe de ser una medida excepcional, sino la regla general siempre y cuando no sea perjudicial para el menor.

La medida de custodia compartida es una posibilidad legal que contempla en el artículo 92 del Código Civil, pero que no por ello va a ser siempre aconsejable su aplicación. Es necesario tener en cuenta una serie de circunstancias que deben concurrir para que sea viable esta modalidad de custodia, tales como: la proximidad de los domicilios de los padres, la relación de los progenitores, la edad de los menores, la posibilidad de combinar la vida familiar y la vida laboral, la opinión del menor que se podrá tener en cuenta siempre y cuando tengan suficiente juicio, no obstante es un derecho que tiene pero no es una obligación, puede renunciar a manifestar su propia voluntad al respecto.

Ahora bien, no sirve establecer automatismos, ya que cada caso es diferente, y se tienen que tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, no teniendo por que coincidir con las circunstancias de otro caso de ruptura familiar.

La custodia compartida no solo presenta ventajas como la continuidad y estabilidad de las relaciones entre los progenitores y los hijos menores, o el buen desarrollo emocional del menor evitando las traumáticas rupturas familiares, minimizando de esta manera las sensaciones de pérdida o ausencia del alguno de ellos, teniendo acceso continuado a los dos hogares y a los recursos que los dos les pueden ofrecer, sino que también se pueden establecer ciertos inconvenientes, como la posible afectación en la estabilidad vital del menor que podría desencadenar la asignación de custodia compartida.

La respuesta a: ¿estás de acuerdo con la custodia compartida? Es difícil de contestar de manera tajante, ya que estoy de acuerdo con una serie de requisitos, y no siempre que se den debe aplicarse la custodia compartida ya que en cada situación de ruptura familiar es conveniente la aplicación de una cosa u otra.

Primeramente empezaría criticando algunos aspectos llevados a cabo en la práctica de la custodia compartida. No creo que sea conveniente que se asigne la custodia compartida por parte de los jueces a pasar de no estar de acuerdo los padres en dicha decisión, no lo veo correcto ya que si los progenitores no quieren llevar a cabo dicha práctica entonces no la van a llevar de manera correcta, provocando sufrimientos y daños morales al niño pudiéndole provocar estrés e inestabilidad.

En segundo lugar, guarda relación con la crítica anterior, tampoco veo adecuado la asignación por parte del juez de la práctica de la custodia compartida o por petición de alguno de los progenitores o de ambos, cuando hay una mala relación por parte de los padres, esto tendría que ser una condición excluyente para la aplicación de la custodia en caso de que se dé. Debe de ser así porque esta práctica requiere de mucha comunicación entre los padres, de un buen entendimiento, y de tener al menos un trato entre ambos porque aunque hayan acordado poner fin a su vida matrimonial, tienen que velar ambos por el bienestar de su hijo, y esto no se puede llevar a cabo si mantienen una mala relación, pudiendo provocar al niño, incluso, ideas falsas respecto del otro progenitor. Por tanto, como requisito indispensable para la aplicación de la custodia es tener una buena relación entre los padres de los menores que quieran optar por esta práctica de custodia compartida.

Como última crítica, es la lejanía de los hogares de los progenitores. También lo veo un requisito esencial a tener en cuenta para asignar o no la custodia. No sería adecuado asignarla cuando haya una lejanía entre ambos hogares porque el que va a salir perjudicado va a ser el menor, y al fin y al cabo hay que mirar por sus intereses, ya que están por encima

de todo, a pesar de lo que prefieran los padres. Por lo tanto, este sería un caso en el que a pesar de que quisieran los padres llevar a cabo esta práctica se tendría que negar si hay lejanía entre los domicilios porque esto sí que le podría provocar al menor unas inseguridades e inestabilidades, por no saber cuál es su entorno. Y más cuando ya tienen una cierta edad y ya tienen su círculo de amigos, su colegio, etc. Por lo tanto, para poder aplicar la custodia por parte del juez se tiene que tener en cuenta que haya una cercanía entre los domicilios de los progenitores.

Una vez realizadas las críticas que creía pertinentes, tendría que afirmar que sí que estoy a favor de la custodia compartida cuando se cumplan esos requisitos que he puesto anteriormente (acuerdo entre las partes, buena relación y cercanía entre los domicilios). De esta manera, sí que estaría de acuerdo que se dictaminara por parte de los tribunales la práctica de la custodia compartida porque es una manera de que el menor pueda estar con ambos progenitores sin tener la sensación estos últimos de estarse perdiendo etapas de la vida de su hijo.

Ahora bien, lo ideal sería que no fuera impuesto por los tribunales y que fueran los propios progenitores los que lo acordaran mediante la práctica de la mediación y la ayuda de los profesionales. Debería de ser así porque es más fácil para los tribunales que sean los propios padres los que se pongan de acuerdo y lleguen a la solución, exponiéndose está frente al juez y que no que tenga que ser el propio juez el que decida, ya que el derecho de familia es muy complicado y no siempre lo que se dictamine es lo correcto. Por lo tanto, los padres mirando por el bien de sus hijos, deberían de realizar la práctica de la mediación ya que sería lo mejor y lo más sencillo para todos.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CUENCA, J., El uso de los hijos en los procesos de separación: el síndrome de alienación parental , núm. 29, (2005), página 72.
- CORDERO CUTILLAS, I., Algunos aspectos de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, en LA LEY 1014/2013, página 6-13.
- DÍEZ-PICAZO, L y GULLÓN, A; Sistema de Derecho Civil, tomo I, (2012), página 271.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Artículo 92”, página. 951.
- DE COSSÍO MARTÍNEZ, M. Las medidas en los casos de crisis matrimoniales, (1997), página. 20.
- ESPARZA OLCINA, C., La guarda compartida, página. 210.
- GARCIA CANTERO, G., Comentario a los arts. 90 a 106 CC, (1982), página 392.
- GETE-ALONSO Y GALERA, MARIA DEL CARMEN Y SOLÉ RESINA, JUDITH. Custodia compartida, derecho de los hijos y de los padres, (2015), pagina 129-459
- GARCÍA VILLALUENGA, LETICIA. Directora del Instituto Complutense de mediación y gestión de conflictos (IMEDIA). La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- MONTERO AROCA, JUAN. Guarda y custodia de los hijos, (2001), páginas 59-60.

- MARTIN LÓPEZ, M. J, Comentario al art. 92 CC, en Comentarios al Código Civil, (2013), páginas 237-238.
- NANCLARES VALLE, J., La custodia de los hijos en el Derecho Civil de Navarra, en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, abril 2012, nº. 1, página 99 a 102.
- LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. Custodia compartida de los hijos, (2008), paginas 176-376.
- PINTO ANDRADE, CRISTÓBAL. La Custodia Compartida, (2009), página 36-59
- PÉREZ CONESA, CARMEN., La Custodia Compartida, (2016) , página 17-134.
- ROCA TRIAS, E., Comentario al art. 92 CC, en Comentarios a las reformas del Derecho de familia, vol. I, (1984), página 580.
- SÁNCHEZ IGLESIAS, I., Infancia y adolescencia ante la separación de los padres: efecto mediador de los Puntos de Encuentro Familiares, (2006), página 97-101.

PÁGINAS WEB

- Mjusticia.gob.es (2014) “Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio”, -FECHA DE CONSULTA: 15 de Octubre de 2014.
http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428205716?blobheader=application%2Fpdf&blobheadervalue1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_CUSTODIA_COMPARTIDA_CM_19-07-13_TEXTO_WEB_.PDF.
- “Lo que necesitas saber sobre la guarda y custodia. –FECHA DE CONSULTA: 18 de Abril de 2017. www.ilisastiguiaabogados.com
- Mundo.es (2016) “La custodia compartida se concede ya en una de cada cuatro rupturas”, FECHA DE CONSULTA: 30 de Septiembre de 2016.
<http://www.elmundo.es/sociedad/2016/09/29/57ece54eca474178298b45cb.html>
- INE (2015) “Separaciones y Divorcios según quien ejerce la custodia”
<http://www.ine.es/prensa/np990.pdf> -FECHA DE CONSULTA: 29 de Septiembre de 2016.
- Mundo.es (2017), “La custodia compartida se concede ya en una de cada cuatro rupturas”,
<http://www.elmundo.es/sociedad/2017/01/27/588a2d3a22601dbe198c02ab.html>
-FECHA DE CONSULTA: 27 de Enero de 2017.
- Noticiasjurídicas.com (2016) “La generalización de la custodia compartida no permite enjuiciar cada caso según sus especiales características”, -FECHA DE CONSULTA: 11 de Julio de 2016.
<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11196-la-generalizacion-de-la-custodia-compartida-no-permite-enjuiciar-cada-caso-segun-sus-especiales-caracteristicas/>

- Noticiasjuridicas.com (2016) “La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencia clave”, -FECHA DE CONSULTA: 23 de Abril de 2016. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11036-la-doctrina-del-ts-sobre-guarda-y-custodia-compartida:-sentencias-clave/>

- Noticiasjuridicas.com (2015) “El TS establece que la discrepancia de los padres sobre la custodia compartida no impide que se acuerde si beneficia a los menores” –FECHA DE CONSULTA: 16 de Septiembre de 2015. <http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/10488-el-ts-establece-que-la-discrepancia-de-los-padres-sobre-la-custodia-compartida-no-impide-que-se-acuerde-si-beneficia-a-los-menores/>

- Noticiasjuridicas.com (2016) “El padre condenado por violencia de género no puede ejercer la custodia compartida de sus hijos” -FECHA DE CONSULTA: 15 de Junio de 2016. <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11136-el-padre-condenado-por-violencia-de-genero-no-puede-ejercer-la-custodia-compartida-de-sus-hijos/>

- Noticiasjuridicas.com (2014) "El régimen de guarda y custodia en España. Derecho común y Comunidades Autónomas con Derecho civil propio" –FECHA DE CONSULTA: 9 de Septiembre de 2014. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4927-el-regimen-de-guarda-y-custodia-en-espana-derecho-comun-y-comunidades-autonomas-con-derecho-civil-propio/>

- Noticiasjuridicas.com (2016) “El TC anula la Ley valenciana de custodia compartida”, - FECHA DE CONSULTA: 29 de Noviembre de 2016. <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11478-el-tc-anula-la-ley-valenciana-de-custodia-compartida/>

- Noticiasjuridicas.com (2016) "Custodia compartida: el tiempo por el que se atribuye a un cónyuge el uso de la vivienda propiedad del otro, debe someterse al principio de proporcionalidad”, -FECHA DE CONSULTA: 25 de Agosto de 2016 <http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/11272-custodia->

compartida:-el-tiempo-por-el-que-se-atribuye-a-un-conyuge-el-uso-de-la-vivienda-propiedad-del-otro-debe-someterse-al-principio-de-proporcionalidad-/

- Europarl.europa.eu (2000) “Carta de los derechos fundamentales de la unión europea” –FECHA DE CONSULTA: 18 de Diciembre de 2000.
http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf
- Pais.com (2007) “Una madre pierde la custodia de su hija por crearle fobia hacia el padre” –FECHA DE CONSULTA: 21 de Junio de 2007.
[http://www.elpais.com/articulo/sociedad/madre/pierde/custodia/hija/crearle/fobia/padre/elpepusoc/20070621elpepusoc_7/Tes].
- CGPJ, (2016) “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”. -FECHA DE CONSULTA: 7 de Noviembre de 2016.
<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>
- Consejería de familia y asuntos sociales (2010) “La familia dialoga y llega a acuerdos: la mediación familiar” -FECHA DE CONSULTA: Noviembre 2010,
<https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag41339/lafamiliadialogayllegaaacuerdos.pdf>
- BOCV (2016) –FECHA DE CONSULTA: 6 de Mayo de 2016.
http://www.cortsvalelencianes.es/BASISCGI/BASIS/BOCV/WEB/BOCV_INS_C/DDW?W=CLAVE_INSERTION=188591518722082

SENTENCIAS

- SENTENCIA 313/2016, 6 de Octubre de 2016, Juzgado de Primera Instancia.
- SENTENCIA 400/2016, de 15 de junio de 2016., del Tribunal Supremo.
- SENTENCIA 115/2016, de 1 de Marzo de 2016, del Tribunal Supremo.
- SENTENCIA 143/2016, de 9 de marzo de 2016, del Tribunal Supremo.
- SENTENCIA 96/2015, de 6 de Febrero de 2015, del Tribunal Supremo.
- SENTENCIA dictada por la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en fecha 28 de julio de 2015.
- SENTENCIA de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de Abril de 2014.
- SENTENCIA de 22 de julio de 2011, del Tribunal Supremo.
- SENTENCIA de la Audiencia Provincial de Cantabria en la sentencia 153/2016, de 9 de marzo de 2016.
- SENTENCIA de la Audiencia Provincial de Asturias de 29 de septiembre de 2005.
- SENTENCIA de la Audiencia Provincial de Valencia de 10 de enero de 2001.
- SENTENCIA de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de Octubre de 1995.
- SENTENCIA de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de febrero de 1998.
- SENTENCIA de la Audiencia Provincial de Toledo, de 17 de septiembre de 1998.

- SENTENCIA: Tribunal Constitucional, en sentencia dictada el 16 de noviembre en el recurso de inconstitucionalidad 3859/2011.
- SENTENCIA de 6 de abril de 2016, del Tribunal Supremo.
- SENTENCIA de fecha 21 de julio de 2016, del Tribunal Supremo.
- SENTENCIA 96/2015, de 16 de febrero 2015, del Tribunal Supremo.
- SENTENCIA 55/2016, de 11 de febrero de 2016, del Tribunal Supremo.

ANEXO I

LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL

DERECHO NACIONAL:

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (Publicado en BOE núm. 7 de 08 de Enero de 2000).
- Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. (Publicado en BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981).
- Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. (Publicado en BOE de 20 de Julio de 1981).
- Ley 11/1990, de 15 de Octubre, sobre reforma del Código Civil. (Publicado BOE» núm. 250, de 18 de octubre de 1990).
- Ley 15/2005, de 8 de julio, modificativa del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. (Publicado en BOE núm. 163 de 09 de Julio de 2005).
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de Julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (Publicado BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015).
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Publicado en BOE de 17 de Enero de 1996).

- Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, de 19 Julio de 2013.
- Constitución Española de 1978. (Publicada en el Boletín Oficial del Estado 311 del 29 de Diciembre de 1978).
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- La Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. (Publicado en BOE núm. 162 de 07 de Julio de 2012).
- Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de violencia de género. (Publicado en BOE núm. 313 de 29 de Diciembre de 2004).

DERECHO INTERNACIONAL:

- Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada el 30 de noviembre de 1990 y sus Protocolos facultativos.
- Carta Europea de los Derechos de Niño de 21 de Septiembre de 1992. (Publicado en el Diario Oficial de la UE, nº C 241).
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2000. (Publicado en el Diario Oficial UE, C, núm. 364).
- Carta Magna de los Jueces Europeos proclamada el 17 de noviembre de 2010, aprobada por el Consejo Consultivo del Consejo de Europa.

- Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. (Publicado en el Diario Oficial de la UE, L, núm. 136 de 24 de Mayo de 2008)

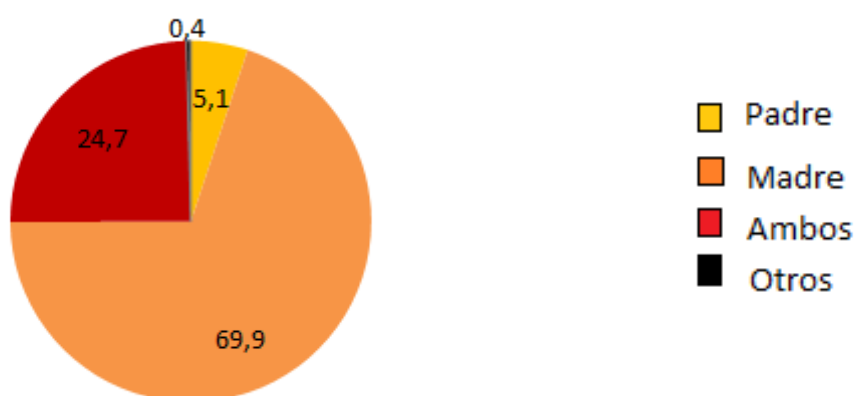
ANEXO II

LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

- Ley foral Navarra 3/2011, de 17 de Marzo, sobre la custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. (Publicado en BON núm. 60 de 28 de Marzo de 2011 y BOE núm. 87 de 12 de Abril de 2011).
- Ley foral de Cataluña 25/2010, de 29 de Julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. (Publicado en DOGC núm. 5686, de 05/08/2010, BOE núm. 203, de 21/08/2010).
- Decreto legislativo 1/2011, de 22 de Marzo, del gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el texto refundido de las leyes civiles aragonesas. (Publicado en BOA núm. 63 de 29 de Marzo de 2011).
- Ley foral valenciana 5/2011, de 1 de Abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. (Publicado en DOCV núm. 6495 de 05 de Abril de 2011 y BOE núm. 98 de 25 de Abril de 2011).
- Ley foral del país vasco: 7/2015, de 30 de Junio, de Relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. (Publicado en BOPV núm. 129 de 10 de Julio de 2015 y BOE núm. 176 de 24 de Julio de 2015)

ANEXO III

Separaciones y divorcios (cónyuges de diferente sexo) según quien ejerce la custodia (%). Año 2015



ANEXO IV

EVALUACIÓN INDIVIDUALIZADA DE CADA CASO

El siguiente test puede ayudar en el análisis del caso concreto y sus preguntas pueden servir también de guía para cuestionar a las partes sobre su predisposición hacia la mediación.

APARTADO A- CONDICIONES MARCO	SI	DUDA	NO
1.¿Puede la controversia sujetarse a un acuerdo, dentro del marco jurídico vigente?			
2.¿Se puede remitir a las partes a mediación en esta fase procesal?			
3.¿Existe algún procedimiento pendiente que implique a las mismas partes o a una de ellas en las mismas cuestiones o en cuestiones relacionadas?			
4.¿Hay menores o incapaces afectados por el litigio?			

APARTADO B- IDONEIDAD DEL CONFLICTO	SI	DUDA	NO
5. Sobre la base de su experiencia ¿es posible la resolución de este conflicto?			
6. ¿Es importante una resolución rápida del conflicto?			
7. ¿La resolución judicial podrá restablecer los costes del conflicto, asumidos por las partes?			
8. ¿Existe una alta probabilidad de que es caso sea complejo de juzgar en virtud de (falta de pruebas, cuestiones complejas o técnicamente objetivas...)			
9. ¿Es probable que sea difícil ejecutar la resolución judicial?			
10. ¿Existe alguna posibilidad de que la decisión no sea equitativa o justa para al menos a una de las partes? (p.ej. falta de pruebas, errores de procedimiento, etc.)			
11.¿Es necesario que los elementos íntimos del conflicto sigan siendo confidenciales?			
12. ¿Es posible que el conflicto sólo represente			

una parte de otros conflictos subyacentes no manifestados?			
13. ¿Desempeñan las emociones un papel principal en el conflicto?			

APARTADO C- CONDICIONES DE BUENA VOLUNTAD	SI	DUDA	NO
14. ¿Es importante para las partes mantener relación en el futuro?			
15. ¿Es el resultado del Tribunal particularmente incierto para las partes?			
16. ¿Es importante para las partes controlar el resultado del conflicto?			
17. ¿Es importante para las partes controlar los plazos y organización del proceso de decisión?			
18. ¿Apoyan los abogados o las partes la idea de una solución negociada/mediación?			

APARTADO D- BENEFICIOS DE LA MEDIACION	SI	DUDA	NO
19. ¿Ayudaría la mediación a restaurar el diálogo/relación entre las partes?			
20. ¿Ayudaría la mediación a encontrar una solución adaptada que vaya más allá del marco jurídico aplicable?			
21. ¿Ayudaría la mediación a revelar información delicada en un entorno confidencial?			
22. ¿Ayudaría la mediación a establecer las condiciones para que se produzca una disculpa?			
23. ¿Facilitaría la mediación la oportunidad a las partes de llevar a cabo una “comprobación de la realidad” con respecto a que sus posesiones y/o probabilidades prevalezcan en el conflicto?			

Una mayoría de repuestas afirmativas indica que la mediación puede resultar un procedimiento más apropiado para el caso que el proceso judicial. Si se producen en el apartado **condiciones marco** indica que el marco jurídico y de procedimiento no impide y puede incluso alentar a la mediación. Si se producen en el apartado **idoneidad** del conflicto es indicativo de que la naturaleza del conflicto está especialmente indicada para la mediación y que existen una serie de ventajas que ayudarán a las partes a encontrar la solución.

ANEXO V

FICHA DE DERIVACIÓN

FICHA DE DERIVACIÓN A SESIÓN INFORMATIVA DE MEDIACIÓN

Juzgado:.....	
Procedimiento:.....	Autos nº.....
Fase del procedimiento:.....	
Próximo señalamiento:.....	
Cuestiones en litigio:	
Otros datos de interés:.....	
Fecha de derivación a sesión informativa:	
Fecha de inicio de Mediación:.....	Nº Orden.....

IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES:

<u>DEMANDANTE:</u>
Nombre y apellidos, dirección, tel. y correo electrónico:Dirección.....Teléfono.....
Correo electrónico.....DNI..... Nombre de empresa o razón social, dirección, tel y correo electrónico:Dirección.....Teléfono.....
Correo electrónico.....DNI.....

Abogado/da:.....Telf.....
Correo electrónico.....

DEMANDADO/A:
Nombre y apellidos, dirección, tel. y correo electrónico:Dirección.....Teléfono.....
Correo electrónico.....DNI.....
Nombre de empresa o razón social, dirección, tel. y correo electrónico:Dirección.....Teléfono.....
Correo electrónico.....DNI.....
Otros afectados:.....

DECIDEN INICIAR LAS SESIONES DE MEDIACIÓN TRAS RECIBIR INFORMACIÓN:

- ☐-SI, poniéndose en marcha las gestiones para llevarlo a cabo:
- ☐ En servicio de mediación del Juzgado
- ☐ En servicio de mediación externo
- ☐-No desean iniciar la Mediación, solicitando que continúe el proceso judicial.

ANEXO VI

AUTO ACORDANDO LA SUSPENSIÓN DEL CURSO DEL PROCESO AL HABER SOLICITADO LAS PARTES SOMETERSE A UN SERVICIO DE MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL. ACTA DE SUSPENSIÓN DE UNA VISTA CON SIMILAR FINALIDAD.

HECHOS

PRIMERO.- El presente proceso ha sido promovido por el Procurador Sr/a., en nombre y representación de....frente a...sobre.

SEGUNDO.- Encontrándose el proceso en el trámite de.....se ha solicitado por todas las partes la suspensión del proceso, interesando la intervención del Servicio de mediación intrajudicial.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Dispone el artículo 19.4 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), que las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada mediante auto por el tribunal siempre que no perjudique al interés general o a tercero, y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días. Igualmente el artículo 770-7ª de la LEC en su redacción por Ley 15/2005 señala que las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de la LEC para someterse a mediación. En el mismo sentido el artículo 415 de la LEC.

En el presente caso, de los elementos obrantes en los autos, no se desprende que la suspensión solicitada perjudique el interés general o a tercero, al contrario puede suponer una pacificación del conflicto familiar que enfrenta a las partes y beneficiar a los hijos menores, por lo que procede acceder a lo solicitado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 179.2 de la Ley citada.

PARTEDISPOSITIVA

ACCEDIENDO a lo solicitado, SE SUSPENDE el curso de los autos por sesenta días, computados desde el siguiente a la notificación de esta resolución, a fin de que las partes puedan acudir al Servicio de mediación intrajudicial de este Juzgado.

El curso del proceso se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes. En caso de finalizar con éxito la mediación interesada deberán las partes instar el cambio de procedimiento a consensual en la forma que proceda.

Pasado el plazo señalado en el anterior apartado, o antes si se dedujere alguna petición, dese cuenta.

Contra esta resolución cabe recurso de REPOSICIÓN ante este Juzgado, no obstante lo cual, se llevará a efecto lo acordado. El recurso deberá interponerse por escrito en el plazo de CINCO DÍAS hábiles contados desde el siguiente de la notificación, con expresión de la infracción cometida a juicio del recurrente, sin cuyos requisitos no se admitirá el recurso (artículos 451 y 452 de la LEC).

Lo acuerda y firma el/la MAGISTRADO-JUEZ, doy fe.

EL/LAMAGISTRADO-JUEZ

EL/LASECRETARIO/A

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, dar las gracias a mi familia y en especial a mi padre por el esfuerzo que ha hecho para que pudiera estudiar lo que me gustaba y de verdad me motivaba.

En segundo lugar, especial mención a Mario, por su comprensión y confianza puesta siempre en mí, eres un pilar fundamental en mi vida. Gracias por ayudarme en todo lo que has podido.

Gracias a mis amigas de toda la vida por todo su apoyo y ánimo en los momentos en los que más lo he necesitado. Y por supuesto, gracias a mis amigas de la carrera, ha sido un placer conoceros y os tendré para siempre, no hubiera sido lo mismo sin vosotras.

Y por último, gracias a los profesores que he tenido durante mi paso por la carrera, de todos me llevo algo. Y en especial, gracias a María del Lirio por facilitarme la posibilidad de poder llevar a cabo este trabajo que desde el primer momento me gusto y por asesorarme en la elaboración del mismo.

GRACIAS.